

현안분석 2001-

디지털경제법제⑭

P2P環境하에서의 著作權侵害責任

安 孝 秩

한국법제연구원

P2P環境하에서의 著作權侵害責任

Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Infringement

研究者：安孝秩(광운대 법대 교수)

AHN HYOJIL

2001.12

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	5
제 2 장 P2P기술과 저작권	9
제 1 절 P2P기술의 동향	9
1. 냅스터계열	10
2. 그누텔라계열	10
3. P2P기술의 비교	11
제 2 절 P2P영업모델의 현황	12
1. 단순파일공유서비스	13
2. P2P와 광고·마케팅사업	13
3. 기업내의 파일공유	13
4. P2P와 전자상거래	13
5. P2P와 검색엔진	14
6. P2P와 인스턴트메시징	14
제 3 절 P2P와 DRM	18
제 4 절 P2P를 통한 저작물의 전송과 개별저작권	20
1. 저작자가 MP3음악파일을 제공한 경우	21
2. 제3자가 MP3음악파일을 제공한 경우	21
제 5 절 P2P 및 그 이용자에 대한 법적 평가	24
1. 냅스터와 그누텔라의 작동과정	24
2. 저작권법적인 평가	25
제 3 장 온라인서비스제공자의 책임	29

제 1 절 서 론	29
제 2 절 온라인서비스제공자에 대한 책임제한의 필요성	31
제 3 절 온라인서비스제공자의 책임 일반론	34
1. 온라인서비스업과 저작권법상의 권한	34
2. 미국저작권법상 온라인서비스제공자의 책임	39
3. 유럽연합의 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임	48
4. 소 결	54
제 4 절 P2P서비스제공자의 책임	56
1. 서 론	56
2. 독일온라인서비스법(TDG)상 P2P서비스제공자의 책임	57
3. EU전자상거래지침과 독일전자상거래법에 따른 책임	76
4. 미국 DMCA에 따른 P2P서비스의 평가	86
5. 한국법상의 책임	91
6. 소 결	92
제 4 장 결 론	95
참고문헌	99

제1장 서론

1999년 12월 세계적인 음반업체들을 대표하는 미국음반협회(Record Industry Association of America(RIAA))가 음악파일 무료다운로드 사이트를 운영하는 냅스터(Napster)사를 상대로 미국 연방지방법원에 저작권침해를 이유로 제소하였고 지난 2000년 7월 냅스터사는 패소판결을 받았다. 냅스터사는 항소하였고 미국 제9연방항소법원은 2001년 2월 12일 다시 음반업체의 손을 들어주었다. 판결의 골자는 음악저작물을 MP3파일로 변환시킨 후 이를 인터넷에 업로드 및 다운로드하는 것은 저작권침해이며, 인터넷사용자들이 MP3파일을 교환하도록 하는 서비스를 제공한 냅스터사는 저작권침해에 기여한 책임이 있다는 것이다. 위 연방항소법원의 판결에 따라 열린 재심에서 2001년 3월 5일 샌프란시스코 연방지방법원은 냅스터사는 음반업체들이 저작권이 있는 음악목록을 통보한 날로부터 3일 내에 해당 음악파일의 교환을 중단시킬 것을 명령했다. 이에 따라 냅스터사는 2001년 7월 2일 음악파일교환서비스를 중단하였고, 음반회사가 제공한 음악파일의 곡명, 작곡자명 등에 해당하는 음악파일을 차단하기 위한 음악여과장치를 설치하는 등 저작권보호작업을 진행하였다. 그러나 그 목록에 철자가 잘못되거나 이용자들이 의도적으로 곡명을 변경한 경우에는 차단되지 않기 때문에,¹⁾ 음반회사들은 여전히 저작권침해의 불만을 토로하였고, 이의신청서를 연방지방법원에 제출하려고까지 하였다. 샌프란시스코 연방지방법원은 다시 2001년 7월 11일 냅스터에 대해 저작권있는 음악을 모두 차단하라는 법원명령을 준수하지 못할 경우 냅스터사는 서비스를 계속 중단하여야 한다고 지시하였다. 이어 2001년 7월 18일 미국 제9연방항소법원은 7월 11일에 내려진 샌프란시스코 연방지방법원의 판결을

1) 실제로 에임스터(Aimster)사는 음악파일의 곡명의 스펠링을 앞뒤로 바꾸는 방식으로 냅스터의 음악파일차단장치를 무력화시킬 수 있는 소프트웨어인 'Pig Latin encoder'를 제공하였으나, 냅스터의 요청에 따라 2001년 3월 21일부터 소프트웨어의 제공을 중단하였다. 이 소프트웨어는 예컨대 "Beatles"의 "Yesterday"를 "esterdayY"로, "Backstreet Boys"를 "ackstreetB oysB"로 바꾸는 것이었다. 이에 대해서는 <<http://www.donga.com/fbin/searchview?n=200103150083>> 및 <<http://money.cnn.com/2001/03/14/technology/napster/>> (2001년 12월 18일 방문) 참조.

일시 중지시키고, 냅스터사가 기존의 음악파일교환서비스를 재개하도록 허용하였다. 한편 냅스터사는 위의 2001년 2월 12일의 제9연방항소법원의 판결에 불복해 대법원에 상고하거나 제9연방항소법원의 전원합의부에 재심을 청구할 것으로 보도되고 있었다. 다시 2001년 8월 8일 미국의 음반업계는 냅스터가 고의로 저작권을 심각하게 침해하고 있다는 이유로 약식재판을 청구하여 1억달러에 달하는 손해배상을 명령해 줄 것을 요청하였다.

이어 2001년 9월 24일 냅스터사가 밝힌 보도자료²⁾에 따르면, 냅스터사는 미국에서 음악저작권자들을 가장 많이 대표하고 있는 전국음악저작권협회(National Music Publishers' Association(NMPA))에 저작권 침해 손해배상금으로 2천600만달러를 지급하고 향후 음반업계에 지불할 로열티의 3분의1을 제공하기로 하는 라이선스계약을 체결하였다고 한다. 음악저작권자들은 주요 음반업체와 마찬가지로 인터넷배포음악에 대한 저작권을 보유하고 있으며 인터넷 저작권료 수입이 CD판매에 의한 것보다 많기 때문에 MP3 등 몇몇 업체와 이미 라이선스계약을 체결한 바 있었다. 그러나 이로 인하여 음반업체가 청구한 약식재판이 중단되는 것은 아니며, 이는 현재 진행 중이다.

냅스터사건은 음악파일을 자유롭게 교환 및 이용하려는 소비자의 이익과 무료다운로드로 인하여 경제적 손실을 보았다고 주장하는 음반업체의 이익이 첨예하게 대립하는 가운데, 본래 아날로그환경을 예상하여 마련되었던 저작권법이 디지털환경에서 앞으로 어떻게 적용되어야 할 것인지에 대한 방향을 제시하여주는 것으로 세계의 이목을 집중시켜 왔다.

국내에서도 지난 2001년 8월 12일 냅스터와 유사한 서비스를 제공하는 '소리바다'의 운영자에 대해서 MP3파일전송프로그램을 개발하여 이를 배포하고 각 회원들간의 음악파일전송을 중개한 것은 저작권침해행위라는 근거로 검찰이 기소한 바 있다.³⁾ '소리바다'의 운영자는 '소리바다'는 냅스터가 그 서버에 음악파일목록을 보관하면서 이를 검색할 수 있도록 하고 있는 것과는 달리 음악파일목록을 아예 갖고 있지 않기 때문에 냅스터와 동

2) <<http://www.napster.com/pressroom/pr/010924.html>> (2001년 12월 18일 방문) 참조.

3) 전자신문 2001.8.13, 24쪽.

등하게 판단할 수 없다고 주장하고 있으나,⁴⁾ 파일공유프로그램의 제공과 파일공유의 가능성을 제공하였다는 점에서는 저작권침해의 책임을 면할 수 없을 것이다.

사실 몇 해 전까지만 해도 저작물을 디지털화하여 이를 제3자에게 제공하는 행위가 저작권침해에 해당하는가는 분명치 않았다. 왜냐하면 저작권법은 전통적으로 책이나 음반 등 유체물의 형태로 저작물이 이용되는 것을 규제하여 왔기 때문이다. 그러나 저작물의 디지털이용이 권리자에게 경제적 손실을 가져올 수 있다고 인식되어 차츰 저작권법상의 중요한 문제로 대두되었다. 이에 1996년 12월 세계지적소유권기구의 주도로 저작권조약과 실연음반조약이 채택되었고, 여기서는 공중전달권 및 이용제공권을 신설하여 음악 및 기타 저작물을 디지털화하여 일반공중이나 제3자에게 전달하는 행위를 금지하였다. 위 조약의 영향으로 현재 우리나라 및 미국, 일본, 독일 등 많은 외국의 저작권법은 이러한 행위를 금지하는 규정을 두고 있다. 유럽연합도 2001년 5월에 소위 ‘멀티미디어지침’⁵⁾을 제정하여 이러한 행위를 금지하고 있다.

이와 같은 상황을 고려한다면 냅스터와 같이 음악파일을 무료다운로드할 수 있도록 하는 것은 저작권침해라고 볼 여지가 많다. 그러나 문제는 냅스터가 그 가입자들로 하여금 서로 음악파일을 교환할 수 있도록 한다는 점에 있다. 저작권법은 전통적으로 개인이 사적인 용도로 저작물을 복제하거나 가족 기타 가까운 사이에 저작물을 복제하여 이용하는 것을 허용하고

4) 소리바다와 냅스터의 기술적 차이를 도식화하면 다음과 같다:

냅스터와 의 기술적 차이		
서버의 역할에 의한 구분	냅스터	소리바다
서버에의 접속 필요성 여부	○	○
서버의 MP3파일 리스트 보유 여부	○	×
서버의 MP3파일 검색여부	○	×
서버의 검색결과 전송 여부	○	×
서버의 파일전송 관여 여부	×	×

<출처: 동아일보 2001.3.6, A21쪽>

또한 양정환(소리바다대표), 『P2P 구조 및 구현 방식』, 『정보공유와 지적재산권』, 한국디지털재산법학회 추계학술세미나, 2001.11.23, 대한상공회의소 참조.

5) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001, p.10.

있으며, 이를 ‘사적복제’라고 한다. 그러면 냅스터는 그 가입자들이 사적복제를 할 수 있도록 도와주고 있는 것이며, 따라서 저작권침해의 비난을 면할 수 있다고 보아야 할 것인가? 그렇지 않다. 냅스터가입자들은 사적복제라고 할 정도로 상호간 가까운 관계가 아니다. 법정정책적인 이유에서도 냅스터의 행위는 정당화될 수 없다.

저작권법상 사적복제가 허용된 주된 이유는 그로 인하여 개인은 저작물을 자유롭게 이용하고 이는 저작권법이 지향하는 문화발전의 토대가 되며, 사적인 범위에서 이루어지는 복제는 설령 그것이 불법이라 하더라도 이를 통제하기가 어려우며,⁶⁾ 저작권자에게 미치는 경제적 손실이 크지 않기 때문이다.⁷⁾ 냅스터와 관련하여 가장 중요한 점은 바로 마지막에 언급한 경제적 손실여부이다. MP3애호가들은 무료다운로드는 상호 양해하에 이루어지는 것으로 지적재산을 절도하는 것이 아니며, MP3음악은 CD음악에 비하여 그 음질이 다소 떨어지기 때문에 음반업체에 경제적 손실을 가져오지 않고 오히려 장기적으로 음악저작물의 이용증대를 가져올 수 있다고 반박할 수도 있다. 그러나 현재 음반업체들이 MP3의 무료다운로드로 인하여 겪는 경제적 손실은 매우 큰 것으로 보인다. 음악이라는 지적산물을 창작하고 이를 공중에게 제공하는 자들에게 적절한 경제적 수익을 보장하지 않는 것은 장기적으로는 음악산업의 몰락을 가져오는 것이며, 이는 결국 소비자들이 향유할 수 있는 음악콘텐츠의 감소로 이어질 것이다. 앞으로 냅스터사건이 어떻게 전개될지 모르지만, 위의 냅스터판결은 저작자의 권리를 다시 한번 강조하여 주었다는 점에서 타당하다고 생각한다.

이하에서는 우선 P2P기술의 동향과 P2P기술을 이용한 영업모델의 가능성 내지 현황을 알아보고, 이어서 P2P환경하에서의 DRM기술의 적용 가능성에 대하여 살펴본다. 마지막으로 냅스터 또는 그누텔라와 같은 P2P 환경하에서 타인의 저작물, 특히 음악저작물을 허락없이 인터넷으로 전송하는 경우에 침해될 수 있는 저작권의 종류와 그에 관련된 자들의 행위를 저작권법적인 관점에서 자세히 검토하여 보자.

6) 헌법 제16조에 따라 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니하며, 주거에 대한 압수나 수색은 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.
7) 물론 독일과 같은 선진국에서는 사적복제로 인한 저작권자의 경제적 손실을 보상하기 위하여 복제보상금제도를 운영하고 있다(독일저작권법 제54조 이하 참조).

제 2 장 P2P기술과 저작권

제 1 절 P2P기술의 동향

과거 인터넷을 통한 정보의 검색 및 전달은 파일전송프로토콜(FTP), 정보포털사이트 또는 검색엔진을 통하여 이루어져 왔다. 그러나 이러한 방법은 검색시간의 낭비, 검색의 부정확성, 다운로드의 부하, 오래된 정보의 전달 등 여러 가지 단점이 있었다. 이에 ‘피어 투 피어’(peer-to-peer (이하 ‘P2P’라 함))⁸⁾기술은 중간매개자없이 정보의 제공자와 정보의 수신자가 직접 연결되어 원하는 정보를 교환할 수 있는 기술로 각 개인이 갖고 있는 정보를 손쉽게 공유할 수 있도록 하고 있다. P2P기술은 처음에 특히 음악저작권물의 온라인판매 또는 이용분야에 있어서 사용되었으나, 그 응용분야는 이에 국한하지 않으며, 앞으로 디지털화된 모든 종류의 저작물 유통에 있어서 그 영향이 매우 클 것으로 전망하고 있다.

P2P기술을 통한 파일공유서비스는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 냅스터처럼 각 사용자의 하드디스크에 저장되어 있는 파일의 목록을 중앙의 서버에서 관리하는 방법과 그누텔라(Gnutella)처럼 사용자들이 각 사용자의 컴퓨터 사이에 채널을 구축하면서 원하는 파일이 존재하는 위치를 파악하여 직접 파일공유네트워크를 구축하는 방법이 있다. 즉 원하는 파일이 존재하는 컴퓨터의 IP주소 인덱싱 데이터베이스가 중앙의 서버에 있느냐 여부에 따라 구분하는 것이다. 현재 국내외에서 여러 가지 파일공유기술이 개발되어 사용되고 있고, 그 기술적인 차이도 다양하나 기본적으로는 위와 같이 분류할 수 있다.⁹⁾

8) Peer-to-peer는 각 컴퓨터가 동등한 능력을 가지고 있어, 어떤 컴퓨터에서라도 통신 세션을 시작할 수 있는 통신 모델을 지칭한다. Peer-to-peer를 우리말로로는 ‘동등계층 통신’이라고도 부르는데, 그 뜻에는 네트워크에 연결되어 있는 모든 컴퓨터들이 서로 대등한 동료의 입장에서 데이터나 주변장치 등을 공유할 수 있다는 의미를 담고 있다. 이 개념과 대비되는 다른 모델로는 클라이언트/서버 모델 또는 마스터/슬레이브 모델 등이 있다. 이에 대해서는 가나다식 온라인 컴퓨터 용어사전-팀즈 <<http://www.terms.co.kr/>> 참조.

9) 이하 내용은 벤처포트, 『P2P... 현황 및 전망』, 『VENTUREREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28) 참조. 이에 대해서는 또한 양정환, 『P2P 구조 및 구현 방식』, 『정보공유와 지적재산권』, 한국디지털재산법학회 추계학술세미나, 2001.11.23, 대한상공회의소 참조.

1. 냅스터계열

냅스터는 중앙서버에 각 사용자들의 IP주소와 파일목록을 저장해 두는 방식을 채택하고 있으며 그 작동원리는 다음과 같다. 각각의 사용자들이 냅스터를 실행하면, 자신의 IP 주소와 파일목록을 냅스터의 중앙서버에 전달하고 서버는 해당 데이터베이스를 갱신하게 된다. 예컨대 사용자 A가 찾고자 하는 노래를 입력한 후 중앙서버에 검색을 요청하면 중앙서버는 해당하는 파일의 소유자의 목록DB에서 검색 한 후 그 결과를 A에게 전달한다. A는 검색결과를 바탕으로 연결요청을 하면 해당 파일의 소유자와 직접 연결된다. 이 경우에는 반드시 서버운영자가 필요하며, 따라서 저작권침해에 대한 책임이 문제될 수 있으며, 해당 사이트가 폐쇄되면 더 이상 서버가 존재하지 않으므로 서비스 자체가 중단될 수 있다. 이와 유사한 방식을 취하고 있는 해외업체로는 Imesh, Scour, Aimster 등이 있으며, 국내에는 소리바다와 씨프렌드가 대표적이다.

2. 그누텔라계열

여기서는 냅스터와 달리 파일검색과 교환을 위한 중앙서버가 존재하지 않는다. 그누텔라(Gnutella) 사용자는 냅스터와는 달리 그누텔라 네트워크에 연결되어 있는 1개 이상의 컴퓨터의 IP주소를 직접 입력하여야 하며, 사용자는 그 컴퓨터를 통해 그누텔라 네트워크에 연결되는 것이다. 한 다. 물론 이러한 IP주소들은 인터넷상에서 참조할 수 있도록 되어있다. 예컨대 사용자 A가 찾고자 하는 파일명을 입력하게 되면 연결된 사용자 B는 자신의 DB를 검색함과 동시에 연결된 사용자 C에게 검색요청을 전달한다. 이와 같은 방법으로 연쇄적인 검색요청이 일어나게 되며 파일소유자의 목록이 사용자 A에게 전달된다. 사용자 A는 선택한 파일소유자와 연결하여 해당 파일을 내려받기할 수 있게 된다.

3. P2P기술의 비교

여기서 현재 사용되고 있는 P2P기술의 기능적 차이를 소개한다.

(1) 냅스터계열

이름	개발자	중앙서버 로그인	IP주소 공개	검색 범위	공유대 상설정	채팅을 통한 파일공유	메시지 전송	URL
냅스터	냅스터	○	○	음악 파일	×	○	○	napster. com
아이메쉬	아이메쉬	○	○	전체	불완전	×	○	imesh. com
에임스터	A O L	○	○	전체	불완전	×	○	aimster. com
스카우어 익스체인지	스카우어	○	○	음악 영상 파일	×	×	○	scour. com
소리바다	소리나라	○	○	음악 파일	×	○	×	soribada. com
씨프랜드	(주)영산	○	○	전체	○	×	○	seefriend. co.kr
e-tok	(주)이티 오케이	○	○	전체	○	○	○	etok. co.kr

[표 2] <냅스터계열 P2P기술>

<출처: 『VENTUREREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28), 7쪽>

(2) 그누텔라계열

이름	개발자	중앙서버 로그인	IP주소 공개	검색 범위	공유대 상설정	채팅을 통한 파일공유	메시지 전송	URL
누텔라	독립적인 개발자집단	×	○	전체	불완전	×	×	gnutella. com
프리넷	Ian Clarke외 다수	×	×	전체	○	×	×	freenetp roject.org
케이텔라	Ktella	×	○	전체	×	×	×	ktella. com
신밭드	(주)신밭드 엔터프라이즈	×	○	전체 영상 파일	×	×	×	sindbad. co.kr
체게바라	와우프리	×	×	전체	○	○	○	wowfree. net

[표 3] <그누텔라계열 P2P기술>

<출처: 『VENTUREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28), 8쪽>

제 2 절 P2P영업모델의 현황

P2P기술은 다양한 방법으로 이용될 수 있다. 여기서는 아직까지 수익 모델로서 상용화되어 있지는 않다 하더라도 P2P기술에 기반을 둔 다양한 영업모델의 가능성에 대하여 소개하여 보자.¹⁰⁾

10) 이하 내용은 벤처포트, 『P2P... 현황 및 전망』, 『VENTUREPORT』 Volume 1, Issue 5(2000.09.28), 9쪽 이하 참조.

1. 단순파일공유서비스

냅스터나 그누텔라와 같이 음악파일, 동영상파일, 영화파일 등 디지털화된 모든 정보의 공유를 위한 서비스이다. 소비자간의 파일공유서비스 자체만으로는 아직 수익을 올릴 수 있는 영업모델로 볼 수는 없다.

2. P2P와 광고·마케팅사업

P2P서비스로 인한 트래픽을 기반으로 배너광고를 하거나 서비스에 접속하는 사람들의 취향, 접속파일 사용유형, 개인 프로파일 등 다양한 정보를 가공하여 판매하는 사업이다. 냅스터의 경우도 사용자들의 음악청취습관을 분석하여 이를 음반사, 음반판매상, 음악관련 출판사 등에 판매할 수 있을 것이다. 즉 P2P 네트워크상에서 어떠한 콘텐츠가 얼마나 교환되는가를 분석함으로써 정확한 타겟 마케팅을 할 수 있으며 광고수익을 올릴 수 있는 것이다.

3. 기업내의 파일공유

P2P기술은 또한 지리적으로 널리 산재해 있는 다국적기업내의 파일공유를 위한 가능성을 제공할 수 있다. 예컨대 국제적인 법률회사의 경우 다양한 지식데이터베이스가 어떤 특정국가에 존재하는 법률회사의 중앙서버에 집중되어 있지 않고 각국에 산재한 법률사무소나 각 개인의 하드디스크 내에 존재할 수도 있다. P2P기술은 이렇게 다양하게 산재한 지식을 효율적으로 공유할 수 있는 기반을 제공할 수 있다.

4. P2P와 전자상거래

P2P기술은 구매자와 판매자를 직접 연결시키는 새로운 개념의 전자상거래 서비스로 이용될 수도 있다. 즉 음악, 영화, 동영상 등의 디지털콘텐츠의 판매를 하는 것이다. 이 경우에는 디지털콘텐츠의 권리와 각 소비자들간의 거래가 P2P를 기반으로 한 영업사이트의 중개로 이루어지나, 실

제로 디지털콘텐츠의 거래 자체는 각 판매자와 구매자간의 컴퓨터 사이에서 이루어지는 것이다. 이 경우에는 특히 불법적인 거래나 불안한 거래가 되지 않게 하기 위한 보안기술이 요구된다. 이러한 영업모델을 추진하고 있는 회사로는 외국의 Lightshare와 국내의 Open4U 및 (주)아이미디어의 미디어웨어가 대표적이다.

5. P2P와 검색엔진

P2P서비스의 검색엔진을 사용하는 소비자들의 정보를 구축하여 인터넷 상에 올라와 있는 많은 정보까지 검색함으로써 기존의 검색엔진으로는 검색이 어려운 정보를 실시간으로 검색 가능하게 해 주는 것이다. 이는 특히 기업들에게 소비자들이 원하는 정보를 보다 쉽게 찾을 수 있는 기능을 제공할 수는 장점이 있다. 현재 기술개발단계이다.

6. P2P와 인스턴트메시징

기존의 인스턴트 메시징 시스템에 P2P기술을 접목시킨 유형으로써 지정된 메신저 사용자간에 정보를 검색 해주고 해당 정보의 공유가 가능하도록 하는 것이다. 기본기술은 Gnutella방식을 사용하며 파일교환과 채팅을 결합한 형태의 소프트웨어이다. 이 방식의 서비스를 채택하고있는 업체는 AOL의 Aimster와 국내업체인 씨프렌드의 P2Pweb이 있다.

여기서 P2P기술을 이용한 국내외업체의 서비스현황을 도식화하여 보자.

회사명	제품명	주요특징	솔루션 모델	기타사항
소리바다	소리바다 (www.soribada.com) v 1.6 베타	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 한국판 냅스터 ▷ 공인 IP주소가 없는 경우 또는 Firewall이 있는 경우에는 검색불가 → 음악채팅방만 가능 	단순파일 검색 및 공유모델	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 미국대학출신의 두 형제가 제작, 운영, MP3 Player 소프트웨어 개발(소리통) ▷ 현재 25만 여명의 가입자 확보 ▷ 1차 목적 → 커뮤니티생성 저작권문제 해결 이후 사업성 고려 ▷ 저작권침해조장을 이유로 2001.8.12 현재 검찰이 기소함

회 사 명	제 품 명	주 요 특 징	솔 루 션 텔 모	기 타 사 항
아 이 미디어	미 디 어 웨 어 (www.imedia.co.kr)	▷ 콘텐츠프로바이더가 원하는 방식으로 콘텐츠를 제공한 후, 사용료를 결제할 수 있고, 불법복제를 방지할 수 있는 워터마킹기술 제공 예정	EC용 P2P 솔루션	▷ Digital Imaging서비스 업체 ▷ 2000년 8월말 오픈, 무료 배포 예정이었으나 무기한 연기됨
(주)오픈포유	오 프 너 (osweb1.open4u.co.kr) v 2.0	▷ Opener라는 인스턴트 메시저 프로그램으로 판매자와 구매자 연결 ▷ Open4u의 서버는 최종 거래가 어느 조건으로 성립되었는지의 정보 획득, 두 당사자간의 거래에는 개입하지 않음	EC용 P2P 솔루션	▷ PC기반으로 인터넷 접속이 가능한 점포에 1대당 1백만원 대의 소매점용 POS 시스템 4천억원 상당 무료로 각 점포에 설치할 예정
(주)영산정보통신	씨 프 렌 드 (www.seefriend.co.kr)	▷ SeeFriend 내에 P2P웹 기능 추가하여 사용자간의 실시간 파일검색 및 교환가능	Instant Messaging System과 P2P서비스 결합 솔루션	▷ GVA 시스템 개발 업체(온라인 원격교육 솔루션) ▷ 1만명이 45만개의 파일 공유 ▷ 국내 유사프로그램: · 창세시스템(www.udns.co.kr)의 uDNS · 디지털닷컴(www.digitocom)의 SoMe 2000 · 이티오케이(www.etok.co.kr)의 e-tok 메신저

제 2 장 P2P기술과 저작권

회 사 명	제 품 명	주 요 특 징	솔 루 션 텔 모	기 타 사 항
(주)신빛드엔터프라이즈	신 빛 드 (www.sindbad.co.kr) v 0.92	▷ 한국형 Gnutella ▷ Gnutella 프로토콜에 기반한 클론들과 호환되며, 한글검색 완벽지원	단순파일 검색 및 공유모델	▷ 개발한 P2P 서비스를 기반으로 한 마케팅 툴이나 사용자DB를 활용한 프로그램을 개발, 사업체들을 대상으로 판매할 계획 ▷ 국내 유사프로그램: K-tella
와우프리커뮤니케이션	체 게 바 라 (www.wowfree.net) v 0.51 베타	▷ Gnutella와 Freenet의 복합형 ▷ 그누텔라처럼 사용자의 PC가 서버로 작용해 파일을 공유하지만, 프리넷처럼 IP주소와 파일목록이 공개되지 않아 익명성 보장	단순파일 검색 및 공유모델	▷ 정품 소프트웨어 무료제공 사이트 ▷ 현재 시범서비스테스트 중, 2000년 9월 중 오픈 예정

[표 6] <국내 P2P영업모델 현황>

<출처: 『VENTUREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28), 15쪽>

서 비 스 체 업	주 요 특 징	솔 루 션 텔 모	기 타 사 항
냅 스테 (www.napster.com) v 2.0 Beta 7	▷ MP3파일공유를 위한 프로그램 ▷ 사용자들의 파일목록과 IP주소 인덱싱 DB가 냅스터 중앙서버에 존재	단순 파일 검색 및 공유모델	▷ RIAA와 법적 공방 중 ▷ 2000.5 벤처캐피탈, Hummer Winblad사 1500만 달러 투자유치 ▷ 2000년 7월 기준: 사용자 2000만명

서비스 업체	주요 특징	솔루션 모델	기타 사항
그누텔라 (gnutella.com) v 0.56	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 비중앙집중식 파일공유 방식 채택한 초기프로그램, 모든 종류의 파일 검색 가능 ▷ Open Source Technology ▷ 최초연결을 위해 IP주소를 알고 있어야 하는 불편함 존재 	단순 파일 검색 및 공유모델	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 개발자 진칸 소스 공개 후 Gnutella Open Source Technology 적용한 클론 프로그램 등장(Unix/Linux, Website, BeOS, Macintosh 용 Gnutella 약 30여개 존재)
프리넷 (freenetproject.org) v 0.2	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 비중앙집중식 파일공유, 모든 종류의 파일 검색 가능 ▷ IP주소 비공개-익명성 보장 	단순 파일 검색 및 공유모델	▷ Unix/Linux, Windows 용 제공
스카우어 익스체인지 (www.sour.com) v 3.0.5	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 중앙집중식 파일공유 ▷ 음악파일과 영화파일 검색 기능 	단순 파일 검색 및 공유모델	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 7만명의 사용자 확보 ▷ 2000.7.20 RIAA로부터 제소됨 ▷ 유명연예인 매니저와 디즈니(Disney) 이사가 지원
아이메쉬 (www.imesh.com) v 1.02 Beta	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 중앙집중식 파일공유, IP주소 공개 ▷ 모든 종류의 파일 검색 ▷ 강력한 Skin기능, 검색한 파일의 링크 메일전송 인터페이스 제공, 다운로드 후 백신프로그램 실행 옵션 제공 	단순 파일 검색 및 공유모델	<ul style="list-style-type: none"> ▷ Mac, Linux, Unix 용 개발 중 ▷ 유사프로그램: 스피프렌지(www.spinfrenzy.com) - mp3와 비디오 파일 검색
에임스터 (www.aimster.com) v 2.0 베타	<ul style="list-style-type: none"> ▷ AOL의 인스턴트 메시징서비스 Gnutella 브라우저 추가 ▷ 비중앙집중식 파일공유, MP3와 사진, 동영상 자료교환가능 	Instant Messaging System과 P2P 서비스 결합 솔루션	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 인텔과 제휴 모색 중 ▷ AOL 인스턴트 메시징 사용자현재 약 6000만명 → 에임스터 서비스 사용자 한 달 동안 100만명 육박

서 비 스 체 업	주 요 특 징	솔 루 션 텔 모	기 타 사 항
라이트쉐어 (www.lightshare.com)	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 넷스터와 같은 방식으로 자신의 컴퓨터를 통해 직접 상품을 팔 수 있는 서비스 준비 중 ▷ 네트워크 침입 해커들, 각종 바이러스, 저작권 보유파일의 불법매매 등 발생 가능한 문제점 대비해 해결책 마련 중 	EC용 P2P 솔루션	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 전마이크로소프트, AOL, 넷스케이프, Ask Jeeves의 직원들이 운영 ▷ 마이크로소프트, 넷스케이프, 구글의 이사진들이 재정 지원

[표 9] <해외 P2P영업모델 현황>

<출처: 『VENTUREREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28), 14쪽>

제 3 절 P2P와 DRM

이상 P2P기술을 이용한 여러 가지 영업모델의 가능성을 살펴보았다. 그 방식이야 어떻든 공유되는 정보가 저작권법상 보호받는 저작물이고 이에 대하여 특별한 기술적 보호조치가 가해지지 않는다면, 정보공유기술의 발전은 궁극적으로 공유정보의 빈곤으로 이어질 수밖에 없다.

P2P기술은 분명 디지털콘텐츠를 저렴한 비용으로 효과적으로 단시간내에 광범위하게 유통시킬 수 있는 기술이다. 원하는 정보를 실시간으로 검색하여 정보의 소유자와 그 상대방이 직접 해당 정보를 주고받는 기술은 인터넷을 통한 정보의 전달에 있어 큰 영향을 미치고 있다. 특히 다른 어떤 통신수단보다도 익명성과 정보교환의 자유가 최대한 보장될 수 있다는 점에서 P2P기술은 인터넷이용자들로부터 큰 호응을 얻고 있으며, 그 이용자수도 날로 증가하고 있다. 영업적 측면에서도 이미 P2P기술을 이용한 비즈니스모델을 개발하여 서비스를 하고 있다. 그러나 P2P기술을 통한 디지털콘텐츠의 유통이 과거 넷스터가 하였던 것처럼 저작권자, 음반제작자 기타 권리자의 동의없이 이루어지는 경우에는 이는 장기적으로는 새로

운 디지털콘텐츠의 제작 및 공급의욕을 저하시킬 것이고 다시 궁극적으로는 디지털콘텐츠시장의 발전을 저해하게 될 것이다. 따라서 디지털콘텐츠 제공자는 저작권 및 저작인접권 등의 권리를 보호해 줄 수 있는 합법적인 사업모델을 개발하도록 노력하여야 할 것이다. 그 방법으로는 첫째 디지털콘텐츠제공자가 저작권자 및 기타 권리자와 라이선스계약을 체결하여 그 콘텐츠를 P2P기술로 유통시키는 것이다. 그러나 이 방법의 경우에도 불성실한 콘텐츠제공자는 허락받지 않은 저작물을 유통시킬 위험이 있으며, 소비자의 측면에서도 사용권한이 없는 자가 저작물에 접근하거나 사용할 위험이 있다. 설령 권한이 있다 하더라도 그에게 허락된 범위를 벗어나서 콘텐츠를 이용할 위험이 있다. 따라서 두 번째 방법으로는 파일공유만을 가능하게 하였던 기존의 P2P기술에다 콘텐츠프로바이더가 원하는 방식으로 콘텐츠를 제공하고 판매수익을 결제할 수 있으며, 불법복제방지 시스템인 워터마킹기술 등을 접목시켜야 한다. 즉 P2P와 Digital Rights Management(이하 'DRM'이라 함)를 접목시키는 것이다.

DRM기술의 개발초기에는 P2P환경을 통하여 콘텐츠가 유통되는 것을 예상하지 못하였다. 그러나 DRM기술에 의하여 보호되는 콘텐츠는 P2P 환경하에서도 안전하게 유통될 수 있다. 저작권자는 자신의 저작물이 유형의 매체로 제3자에게 전달되든 아니면 e-mail이나 P2P서비스를 통하여 전송되든 더 이상 저작권침해의 위험을 염려할 필요가 없을 것이다. P2P 네트워크를 통하여 전달된 디지털콘텐츠에는 여전히 사용규칙(usage rules)이 첨부되어 있으며, 해당 콘텐츠를 수신한 사용자는 그 사용규칙에 따라서만 그 콘텐츠를 이용할 수 있다. 또한 사용자는 DRM에 의하여 보호받고 있는 콘텐츠를 DRM기술을 채택한 장치(하드웨어 및 소프트웨어)를 통하여만 이용할 수 있을 것이다. 이 경우에도 사용자는 clearing-house를 통하여 대가를 지급한 경우에만 정해진 사용규칙에 따라 해당 콘텐츠를 이용할 수 있게 된다. 사용규칙은 매우 다양하여, 예컨대 콘텐츠의 복제횟수, 사용횟수, 배포조건 등을 자세히 정할 수 있다.

P2P서비스가 단순한 파일공유서비스에만 머무는 경우에는 공유되는 파일이 DRM기술에 의하여 보호되는 한, 앞으로 저작권침해문제는 크게 발생하지 않을 것이다. 그러나 P2P서비스가 지속적인 수익을 창출할 수 있

는 하나의 비즈니스모델로서 성공하기 위해서는 결국 디지털콘텐츠의 권리와 각 소비자들이 P2P기술을 통하여 전자상거래를 하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이 경우 디지털콘텐츠의 거래는 P2P를 기반으로 한 사이트의 중개로 이루어지고, 실제 거래 자체는 각 판매자와 구매자의 컴퓨터상에서 이루어지게 된다. 이 경우에는 특히 거래대상인 콘텐츠의 불법거래나 불법이용을 방지하기 위하여 보안기술이 필요하며, 여기서 DRM이 중요한 역할을 할 수 있다. 콘텐츠판매자는 DRM기술로 보호받는 콘텐츠를 P2P망을 통하여 직접 판매하고, 그렇게 판매된 콘텐츠의 사용자는 다시 clearinghouse를 통하여 사용료를 지급하고, 정해진 사용규칙에 따라 해당 콘텐츠를 사용하는 것이다. 그러나 종래의 DRM기술은 one-to-many(일대다: 한 권리자 대 다수의 이용자)의 이용상황을 전제로 한 것이고, P2P서비스는 one-to-one(일대일: 한 권리자 대 한 이용자 또는 한 이용자 대 한 이용자)의 상황을 전제로 한 것이다. 따라서 일반적인 저작물판매의 경우보다 P2P를 통한 전자상거래환경하에서 DRM기술을 접목시키는 것은 쉽지 않다. 현재 업계에서 P2P환경과 DRM기술을 접목시키려는 노력을 하고 있으나, 이러한 유형의 비즈니스모델로 상용화된 것은 아직 보이지 않는다.

제 4 절 P2P를 통한 저작물의 전송과 개별저작권

P2P를 통하여 전송되는 저작물은 현재 대개 음악저작물이며, 이는 통상 MP3형태로 교환된다. 이용자는 이미 MP3형태로 존재하는 음악저작물을 인터넷에서 내려받기하거나 CD상에 존재하는 음악저작물을 MP3형태로 변환하여 이용한다. 만일 전자의 경우와 같이 음악저작물이 이미 MP3형태로 존재한다면 그것이 저작자에 의한 것인가 아니면 제3자에 의한 것인가를 구분하여야 한다. 내용에 들어가기에 앞서, 음악저작물을 인터넷을 통하여 전송하는 경우에 고려될 수 있는 권리자를 살펴보자. 악곡에 대하여 작곡가(저작권법 제4조 제1항 제2호), 가사에 대하여 작사가(저작권법 제4조 제1항 제1호), 연주 또는 가창에 대하여 실연자(저작권법 제63조) 그리고 음반의 이용에 대하여 음반제작자(저작권법 제67조)를

들 수 있다. 현행법상 작곡가나 작사가 등의 저작권자에게는 복제권 이외에 전송권이 부여되어 있으나, 실연자 및 음반제작자 등의 저작인접권자에게는 복제권은 있으나 전송권은 인정되지 않고 있다. P2P와 같은 인터넷 전송기술이 발달하고 있음에 비추어 저작인접권자에게도 전송권의 인정이 필요할 것이다.

1. 저작자가 MP3음악파일을 제공한 경우

저작자가 자신의 저작물을 MP3형태로 인터넷상에 제공하는 행위를 어떻게 해석할 것인가? 이를 해당저작물에 대한 저작권을 일반공중에 대하여 포기한 것으로 해석할 수 있는가? 현행저작권 제41조 제1항에 따르면 저작재산권은 이를 전부 또는 일부 양도할 수 있다. 그러나 단순히 음악저작물을 인터넷상에 제공한 것만 가지고는 저작권의 포기로 해석하기는 쉽지 않다. 물론 해당 웹페이지상에 저작권포기와 같은 저작자의 의사표시가 있는 경우에는 이를 존중하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는 일반적으로 저작자는 인터넷이용자들이 해당저작물을 자유롭게(저작물사용료를 지급하지 않고) 이용할 수 있도록 허락한 것으로 보아야 할 것이다. 물론 저작권을 포기하였다고 해석하는 경우에도 포기의 효과는 저작인격권에 대해서는 미치지 아니 한다.

2. 제3자가 MP3음악파일을 제공한 경우

(1) MP3음악파일의 제공과 개별저작재산권

저작권자는 다른 사람에게 저작물의 이용을 허락할 수 있고, 그 저작물 이용권은 저작권자의 동의없이 이를 제3자에게 양도할 수 없다(저작권법 제42조). 음악저작물의 전송과 관련하여 고려될 수 있는 저작물이용권에는 어떠한 것이 있을 수 있는가? 음악파일의 전송과 관련된 행위를 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.

- ①MP3음악파일의 생성
- ②제공자의 서버에 MP3음악파일의 저장

③인터넷이용자들의 요구에 의한 전송과정

④인터넷이용자들의 컴퓨터에 MP3음악파일의 저장

첫째와 둘째 행위가 복제권의 범주에 속하는 것은 분명하다. 넷째 행위도 복제에 해당한다. 그러나 여기서 주의하여야 할 것은 인터넷이용자, 즉 수신자만이 복제를 하는 것은 아니라는 점이다. MP3파일의 제공자도 복제를 간접적으로 야기할 자로서 수신자의 컴퓨터에 복제가 이루어지도록 한 점에 대하여 그 책임을 인정할 수 있다. 즉 제공자는 소위 “隔地複製”를 하고 있는 것이다. 셋째 행위에 대해서는 전술한 바와 같이 이를 배포 또는 방송으로 보느냐 아니면 제3의 권리로 보느냐의 논의가 있었지만 현재 저작권법 제18조의2는 전송권을 저작재산권의 하나로 추가로 인정하여 문제를 해결하였다.

결국 MP3음악파일제공자는 저작권자로부터 복제권(격지복제권을 포함) 및 전송권을 허락받아야 한다.

(2) 사적이용자의 내려받기

문제는 여기서 끝나지 않는다. MP3음악파일을 인터넷에서 내려받기 하여 자신의 하드디스크에 저장하는 사적 이용자도 저작자의 허락을 받아야 하는가? 저작권법 제27조에 의하면 공표된 저작물은 사적이용을 위하여 복제할 수 있다. 사적 복제로 허용되기 위한 조건으로서 법문에 명시적으로 나타나 있지 않은 것을 살펴보자. 사적복제로 허용되기 위해서는 원본 저작물이 반드시 복제자의 소유물일 필요는 없다. 따라서 타인으로부터 대여한 CD를 복제하는 것도 허용된다. 둘째로, 그러나 그 원본저작물을 적법하게 점유하고 있어야 한다. 따라서 훔친 것을 이용하여 복제하는 것은 허용되지 않는다. 내려받기하는 인터넷이용자는 그 원본음악파일의 소유자가 아니나, 이를 불법으로 점유하는 것은 아니기 때문에 위의 요건은 충족하는 것으로 보인다.

그러나 또 다른 문제가 있다. 즉 사적복제자가 제3자가 소유한 저작물을 이용하여 복제하는 경우에, 그 제3자는 그 저작물을 이용할 권리를 저작권자로부터 허락받았을 것을 요건으로 하여야 하는가이다. 여기서 문제되는

MP3음악파일의 경우, 그 제공자가 MP3음악파일을 저작자로부터 허락을 얻어 생성한 것인 경우에만 사적복제가 허용되어야 하는가의 문제이다. 이에 대해서 일부학설은 사적목적의 복제인 경우에는 일반적으로 허용하여야 한다고 주장하고, 사적복제인 한 이용자는 모든 경우에 법에 의하여 그 저작물이용권을 획득한다고 한다.¹¹⁾ 그러나 사적복제규정은 법체계적 및 연혁적으로 볼 때, 이와 같이 확대해석할 수는 없다. 만일 위와 같은 경우에도 사적복제가 허용되는 것으로 한다면, 저작권법이 저작자에게 저작인격권과 저작재산권을 부여하여 저작물에 대한 정신적 및 경제적 이익을 추구하도록 한 목적을 달성할 수 없다. 한편으로는 저작자에게 권리를 부여하면서, 다른 한편으로는 광범위한 사적복제규정을 인정함으로써 권리를 空洞化하는 것은 이해할 수 없다.¹²⁾ 설령 반대견해와 같이 사적이용목적인 한 모든 복제를 허용한다고 하더라도 이는 원래 입법자의 목적과 일치하지 않을 것이다. 저작권법의 입법당시에는 MP3와 같은 저작물의 이용방법을 알고 있지도 못했고, 그로 인한 저작권자의 경제적 손실이 얼마나 큰 것인지를 예상하지도 못했다. 더군다나 우리나라와 같이 사적복제 일반에 대하여 복제보상금제도가 없는 상황에서 사적이용인 한 모든 복제행위를 허용하는 것은 저작자이익의 보호라는 측면에서 문제가 많다고 본다. 저작권법 제27조는 저작권의 제한을 위한 예외규정이고, 예외규정은 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 한다는 점에서도 반대견해에 찬동할 수 없다. 특히 저작자이익의 침해와 사적복제자의 이익이 심한 불균형을 이루는 경우에는 사적복제를 허용하여서는 안 되며, 이는 저작자의 권리를 보호하고 있는 헌법 제22조 제2항의 목적에도 부합하는 것이다.

MP3음악파일의 제공자가 적법한 저작물이용권을 갖고 있지 않는 한, 그 파일을 내려받기하는 이용자는 저작물이용권을 선의취득한 것으로 볼 수도 없다. 저작물이용권은 일반채권과 마찬가지로 무권리자로부터 선의취

11) *Harke*, Musikkopien-illegal? <<http://www.heise.de/ct/00/05/112>> (2001년 12월 18일 방문); *Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns?-Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche!, GRUR 2000, 663, 668.

12) *Hänel*, Napster und Gnutella-Probleme bei der Übertragung von MP3-Dateien nach deutschem Urheberrecht, JurPC Web-Dok. 245/2000, Abs. 22 <<http://www.jurpc.de/aufsatz/20000245.htm>> (2001년 12월 18일 방문).

득할 수 없다고 보는 것이 학설의 일반적인 견해이다.¹³⁾ 사적복제에 관한 저작권법 제27조는 사적복제자에게 법률에 의한 저작물이용권을 부여하는 것뿐이지, 그 자에게 저작물이용권의 선의취득을 인정하는 것은 아니다. 선의취득은 그 취득자가 객관적인 권리외관에 근거하여 보호할 가치가 있는 경우에만 인정되는 것이며, 위와 같은 MP3음악파일의 내려받기의 경우에는 사정이 그러하지 않다.

결국 MP3음악파일을 내려받기하는 사적이용자도 그것이 저작자의 허락을 받아 제공된 것이 아닌 한, 저작권침해의 책임을 면하지 못한다.

제 5 절 P2P 및 그 이용자에 대한 법적 평가

1. 냅스터와 그누텔라의 작동과정

냅스터는 하나의 서버에 수많은 컴퓨터가 연결되어 있어 정해진 정보(MP3라는 확장자를 갖고 있는 파일)를 탐색하는 정보공유기술이다. 모든 이용자들은 이 시스템을 이용하기 위하여 먼저 사용자이름과 비밀번호를 등록하여야 한다. 냅스터시스템에 연결된 이용자는 예컨대 가수나 곡명으로 특정 데이터를 검색하고, 내려받기를 선택함으로써 이를 내려받을 수 있다. 이 경우 이용자는 원하는 데이터를 내려받기하는 것뿐만 아니라 다른 이용자를 위하여 자신이 갖고 있는 음악데이터를 제공하여야 한다. 교환되는 음악데이터는 냅스터서버에서 직접 내려받는 것이 아니라 각 이용자들의 컴퓨터로부터 내려받는다. 이에 반하여 그누텔라(Gnutella)는 서버를 통한 파일교환방식이 아니라 사용자 개인이 서버이자 클라이언트로 정보가 교환된다. 즉 서버로의 접속없이 개인컴퓨터를 곧바로 연결할 수 있는 것이다. 이용자는 스스로 그누텔라에 연결된 컴퓨터의 IP정보를 연속적으로 탐색하여 그 정보를 이용자의 컴퓨터에 저장한다. 이 경우에 특정 IP주소의 컴퓨터가 공유를 허락한 파일 등의 정보는 별도의 버튼을 누르면 내려받기가 진행된다. 냅스터의 경우에는 서버를 제공하는 자의 저작권법상의 책임이 크게 문제되었다. 따라서 이와 같은 서버를 필요로 하

13) 이에 대해서는 다만 Fromm/Nordemann/Hertin, UrhG, vor §31 Rdn. 9 참조.

지 않는 병렬연결로서 정보를 교환하는 그누텔라와 같은 분산형정보공유기술이 발전하게 된 것이다. 그누텔라를 이용한 저작물이용의 적법성을 묻기 전에 주의하여야 할 점은, 이 경우에는 특정 서버나 제공자가 존재하지 않기 때문에, 저작권침해를 금지하거나 이에 대해 제재를 가하는 것이 사실상 불가능하다는 것이다.

2. 저작권법적인 평가

이러한 정보공유기술에 의한 저작물의 교환이 사적복제인가? 저작권자는 전송권에 기하여 이를 금지할 수 있는가? 냅스터사와 같은 서버제공자에게 저작권침해의 책임을 물을 수 있는가?

여기서 특히 문제되는 것이 사적복제규정이다. 그러나 저작권법 제27조에 의하여 허용되는 것은 사적이용을 위한 ‘복제’이다. 다른 형태의 저작물이용은 동 규정에 의하여 허용되지 않는다. 그러면 냅스터나 그누텔라와 같은 시스템에서 문제되는 개별저작권은 과연 어떠한 것인가? 위와 같은 시스템에서 저작물을 공유하기 위해서는 다음과 같은 과정이 필요하다.

- ① 전송자의 하드디스크에 해당 저작물의 저장
- ② 수신자의 하드디스크에 해당 저작물의 저장
- ③ 수신자의 요구에 의한 해당 저작물의 전송

위의 각 과정을 전송자와 수신자를 각각 구별하여 검토하여야 하며, 어느 일방의 행위가 저작권법상 허용된다고 하여 타방의 행위도 당연히 허용되는 것은 아니다.

(1) 수신자

수신자가 자신의 하드디스크에 저작물을 저장하는 것은 복제이며, 이는 전술한 바와 같이 복제이다. 그러나 수신자의 행위가 사적복제로서 허용되기 위해서는 저작권자가 직접 제공한 MP3파일이거나 그의 허락을 얻어 제공한 것이어야 한다.

뿐만 아니라 복제된 저작물은 개인적으로 이용하거나 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위안’(저작권법 제27조)에서 이용하여야 한다. 따라서 복제

물을 개인적인 유대가 있는 제3자에게 주는 것은 허용되나 범위가 제한되지 않은 다수인 또는 유대관계가 없는 제3자에게 전달하는 것은 허용되지 않는다. 저작권법 제27조에는 명시되어 있지 않으나, 복제된 저작물을 그 자체로서 전달하는 것뿐만 아니라 이를 가족이나 기타 한정된 범위의 자에게 e-mail로 전송하거나 디스켓이나 CD에 다시 복제하여 전달하는 것도 허용된다고 보아야 한다.

그러나 수신자가 내려받기한 파일을 불특정다수인에게 전송하거나 임의의 제3자가 다시 내려받기할 수 있도록 하드디스크를 공유시키는 것은 사적복제의 허용범위를 벗어난다. 수신자가 자신의 하드디스크를 공유시키는 순간에 내려받은 MP3파일은 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위’와 ‘사적 이용목적’을 벗어난 것으로 보아야 한다. 냅스터와 그누텔라의 이용자들은 저작물을 내려받기 한 후 즉시 그 접속을 중단시키지 않고 접속상태를 장시간 방치하는 한, 원칙적으로 자신의 하드디스크를 다른 이용자들을 위하여 공유시키고 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 이러한 수신자의 행위는 사적복제의 허용범위를 일탈하고 있는 것으로 생각한다. 이상과 같이 내려받기하는 수신자의 행위가 매우 제한된 경우에만 사적복제규정에 의하여 허용된다고 하더라도, 실제로 저작권침해를 통제하는 것은 매우 어렵다. 이러한 점에서도 한편으로는 하루빨리 복제보상금제도의 도입이 절실하다고 보며, 다른 한편으로는 DRM기술에 의하여 디지털콘텐츠를 원천적으로 보호하는 것이 필요하다고 생각한다.

(2) 전송자

저작물의 전송자는 항상 저작자의 동의를 얻어야 한다. 여기서 전송자는 냅스터서버의 운영자를 말하는 것이 아니라 냅스터와 그누텔라의 접속자로서 특정저작물을 내려받기 가능한 상태에 놓은 자를 말한다.

1) 복제행위

전송자도 사적복제규정을 원용할 수 있다. 그러나 여기서 ‘복제’는 전송자의 하드디스크상에서 이루어지는 복제가 아니라 수신자의 하드디스크상에서 이루어지는 복제를 말한다. 왜냐하면 냅스터나 그누텔라의 시스템에

서 전송자는 동시에 수신자이기 때문이며, 이 점에 관한 한 위에서 수신자에 관하여 언급한 내용이 그대로 적용된다. 냅스터와 그누텔라의 이용자들은 해당 시스템에 접속하기에 앞서 자신이 갖고 있는 음악데이터나 기타 자료를 공유시킬 것인지의 질문을 받는다. 즉 전송자는 저작물을 공유시킬 것인지 및 어떠한 저작물을 공유시킬 것인지를 결정한다. 따라서 전송자에게는 소위 ‘隔地複製’의 책임을 물을 수 있는 것이다. 이러한 격지복제가 특정인에 대하여 이루어지거나 ‘가정 및 이에 준하는 한정된 범위’ 안에서 이루어지는 경우에는 저작권법 제27조에 따라서 사적복제로서 허용된다. 예컨대 친구 몇 명 사이에서 음악파일을 공유하는 동아리를 만들어 음악파일을 교환하는 것은 저작권법상 허용된다. 그러나 냅스터나 그누텔라와 같이 접속자의 범위가 제한되지 않은 경우에는 전송자는 저작권침해의 책임을 면할 수 없다.

2) 복제의 위임

저작권법 제27조의 사적복제규정에는 명시되어 있지 않으나, 사적복제는 그 이용자가 스스로 할 수도 있고, 제3자에게 이를 위임할 수도 있다고 보고 있다.¹⁴⁾ 물론 이 경우 제3자는 사적이용자의 복제요청에 따라서 사실상의 복제행위만을 하는 경우를 말한다. 현행 저작권법 제27조 제2문의 내용대로라면 예컨대 복사집에서의 복사는 허용되지 아니하나, 이 문제는 원칙적으로 잘못 접근한 것이다. 즉 이러한 위임에 의한 사적복제도 허용하고 저작권자의 이익보장은 복제보상금으로 해결하여야 한다. 그렇다면 전송자는 수신자의 위임에 의하여(내려받기요청에 의하여) 격지복제를 하는 것으로 사적복제규정을 원용할 수 있는 것이 아닌가? 결론적으로 말하면 그렇지 않다. 어쨌든 위임에 의한 제3자의 복제도 사적복제의 허용범위에 속하는 것으로 본다고 하더라도, 냅스터나 그누텔라에 접속한 다른 이용자의 요청에 의하여 전송자와 수신자 사이에 사적복제를 위한 위임관계가 형성된다고 보기는 어렵다. 전송자가 자신의 음악파일을 공유시키는 것

14) 독일저작권법 제53조 제1항 제2문 및 안효질, 『사적 이용을 위한 복제 - 독일 연방 보통법원 ‘CB-Infobank I’판결을 중심으로 -, 『계간 저작권』 40(1997 겨울호), 39, 52 참조.

은 수많은 잠재수신자로 하여금 복제를 가능하도록 하는 것이기 때문에, 이러한 상황에서 단순히 수신자의 내려받기요청에 의하여 각각 위임관계가 형성된다고 보기는 더욱 어렵다. 설령 그러한 위임관계가 형성된다고 하더라도 이는 전통적인 복제형태를 염두에 둔 것이기 때문에, 냅스터나 그누텔라와 같이 저작물이 매우 강도있게 복제되는 것까지도 사적복제의 허용범위에 두는 것은 저작자의 이익을 최대한 보호하려는 저작권법의 근본이념과도 배치한다. 즉 이와 같이 위임에 의한 사적복제도 허용하는 이유는 복제기술이나 복제기기를 스스로 갖고 있는 자와 그렇지 못한 자 사이의 공평을 유지하기 위한 것이다. 위임에 의한 사적복제를 허용하고 있는 독일에서도 이는 예외규정으로서 원칙적으로 엄격하게 해석하고 있으며, 따라서 복사집주인이 주문이 많은 책을 미리 여러 부 복제하여 이를 학생들에게 제공하는 것은 위임에 의한 사적복제의 범위를 벗어나는 것으로 해석하고 있다.¹⁵⁾

결국 전송자는 사적복제규정인 저작권법 제27조를 원용할 수 없다.

3) 전송행위

전송행위를 저작권법상 배포 또는 방송으로 볼 것인가 아니면 법에 명시되지 않은 제3의 행위로 볼 것인가에 대한 논란이 있었으나, 저작권법은 2000.1.12 개정에 의하여 제18조의2에 새로운 저작재산권으로서 전송권을 신설함으로써 문제를 해결하였다. 위에서 전송자가 사적복제규정을 원용할 수 있는가에 대하여 검토하였으나, 저작권법이 전송권을 저작재산권의 일종으로 규정한 이상 사적복제규정은 적용될 여지가 없다. 따라서 저작권자의 동의없는 저작물의 전송은 항상 저작권침해를 구성한다.

15) *Fromm/Nordemann/Nordemann*, UrhG, §53 Rdn. 2.

제 3 장 온라인서비스제공자의 책임

제 1 절 서 론

인터넷은 세계적으로 점차 중요한 영업수단으로 자리잡아 가고 있다. 종래의 다른 어떤 통신수단의 경우보다도 점점 많은 콘텐츠를 저렴한 비용으로 인터넷을 통하여 얻을 수 있다. 그러나 인터넷을 통하여 교환되는 콘텐츠가 모두 공유인 것은 아니며, 저작권의 보호를 받는 경우가 있을 수 있다. 저작권있는 콘텐츠에 관한 한, 인터넷의 발달은 다른 한편으로 저작권침해를 용이하게 하였다고 볼 수도 있다.

인터넷으로 인한 저작권침해의 위험은 저작권자와 온라인서비스제공자(Online Service Provider)의 관심을 불러일으켰고, 점차 많은 저작권 침해소송에서 온라인서비스제공자의 책임을 묻고 있다. 온라인서비스제공자는 원칙적으로 제3자가 제공하는 저작권침해의 대상이 되는 콘텐츠의 전달자 또는 라우터(router)¹⁶⁾로서 기능하는데, 따라서 그에 대한 저작권침해의 책임을 묻게 될 경우 책임의 인정여부와 그 한계설정이 쉽지 않을 수 있다. 물론 자신의 콘텐츠를 온라인으로 제공하는 자(소위 'content provider')도 온라인서비스제공자의 범주에 포함될 수 있으나, 이 경우에는 저작권침해로 인한 책임인정에 있어 큰 어려움이 없다. 왜냐하면 침해행위의 주체도 자신이며 침해의 수단도 자신의 콘텐츠이며, 따라서 일반적인 불법행위책임원칙에 따라서 책임을 지우면 될 것이기 때문이다.

점차 많은 저작물들이 DRM시스템에 의하여 판매될 것이고 DRM기술이 더욱 발전하게 되면, 디지털저작물의 불법유통은 차츰 사라지게 될 것이다. 그러나 DRM은 해당 저작물이 처음부터 기술조치에 의하여 보호되는 경우에만 안전한 유통수단으로서 기능할 수 있는 것이며, 애초에 기술조치에 의하여 보호받지 않은 저작물이나 그 기술조치가 회피 또는 무력화된 경우에는 여전히 저작권침해의 가능성은 존재하며, 따라서 그 한도내

16) 두 개의 네트워크 사이에 연결하여 한 네트워크에서 다른 네트워크로 통신할 수 있도록 도와주는 하드웨어 또는 소프트웨어 장치. 네트워크간의 주소를 변환하거나 프로토콜을 맞게 변환하는 기능도 같이 갖고 있다.

에서는 온라인서비스제공자의 책임도 문제될 수 있다. 뿐만 아니라 DRM 시스템의 경우 콘텐츠의 제공자는 대부분은 DRM기술을 갖고 있는 자도 아니며, 그렇다고 타인의 DRM기술을 이용하여 DRM서비스를 제공하는 자도 아니다. 이 경우에도 콘텐츠판매자는 타 DRM서비스업체의 도움을 받아 자신이 보유하고 있는 디지털콘텐츠를 DRM기술을 이용하여 판매하는 것이다. 이 경우 콘텐츠제공자는 해당 디지털콘텐츠에 대하여 자신이 저작권이나 저작권접권을 갖고 있는 콘텐츠소유자(content owner)일 수도 있으나,¹⁷⁾ 콘텐츠소유자는 대부분의 경우 제3자가 될 것이다. 제3자가 콘텐츠소유자인 경우 그가 해당 콘텐츠에 대하여 적절한 권한을 갖고 있는지 아니면 단순히 (불법)점유하고 있는지 콘텐츠제공자의 입장에서는 알 수 없다. 따라서 DRM기술을 이용하여 디지털콘텐츠를 판매하는 경우 만일 저작권침해가 발생하였다면, 이를 구체적으로 구별하여 그 책임여부를 판단하여야 할 것이다.

전술한 바와 같이¹⁸⁾ P2P기술은 현재 디지털콘텐츠를 가장 효과적으로 유통시킬 수 있는 기술이며, 앞으로 저작권보호를 위하여 P2P기술에 DRM기술이 접목될 것이다. 전형적인 DRM서비스의 경우와는 달리, P2P 서비스의 경우는 one-to-many(일대다)가 아니라 one-to-one(일대일)의 이용상황을 전제로 한 것이며, 이 경우에는 P2P서비스운영자가 온라인서비스제공자의 위치에 서게 된다. 물론 DRM기술이 충분히 발전하게 되면 그에 비례하여 저작권침해의 위험도 줄어들게 될 것이나, 지금까지의 기술발전의 역사가 그러했듯이 저작권보호기술은 그 보다 뛰어난 기술에 의하여 무력화되거나 회피될 가능성은 항상 존재하는 것이다. 뿐만 아니라 온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 문제되는 상황은 원래가 타인의 저작권을 침해하는 콘텐츠, 즉 불법콘텐츠를 온라인으로 제공하는 경우 관련자의 책임을 어느 정도까지 물어야 되는가의 여부이지, 디지털콘텐츠의 유통과정에서, 특히 소비자가 해당 콘텐츠를 불법복제하거나 이를 권한 없이 사용하는 것을 방지하는 것과는 무관하다. DRM기술은 바로 후자에

17) 예컨대 미국의 메이저 음반사인 BMG Entertainment사가 그 자매회사인 Digital World Services사의 DRM서비스기술로 디지털음악 콘텐츠를 판매하는 경우가 그러할 것이다.

18) ?쪽 참조.

관한 것이다. 요컨대 DRM기술에 의하여 디지털콘텐츠가 유통되는 경우에도 그 과정에 참여한 자로서 디지털콘텐츠를 온라인으로 제공하는 자의 책임은 여전히 문제된다.

이하에서는 우선 디지털콘텐츠유통의 근간이 되는 역할을 담당하고 있는 온라인서비스제공자의 책임제한의 필요성에 대하여 언급하고, 이어 이에 관한 주요 입법례와 판례를 일반적인 온라인서비스와 P2P서비스로 구분하여 고찰하고자 한다.

제 2 절 온라인서비스제공자에 대한 책임제한의 필요성

디지털콘텐츠의 유통과 관련하여 실제로 저작권침해가 발생한 경우 직접 침해자의 신원 및 그 소재를 파악하기 어려운 경우가 있을 뿐더러, 설사 그 신원 및 소재를 파악하였다 하더라도 직접침해자는 대부분의 경우 충분한 금전적 손해배상을 할 수 있는 처지에 있지 못하는 예가 많다. 반면에 온라인서비스제공자들은 자력이 충분하기 때문에 저작권자들은 흔히 이들을 상대로 저작권침해소송을 제기하게 된다. 그러나 제3자의 저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 엄격한 기준을 적용하게 되면 인터넷산업의 발전이 저해될 것이다.

뿐만 아니라 온라인서비스제공자의 활동영역이 국경을 초월하여 여러 국가 또는 전세계에 걸쳐 있기 때문에, 저작권침해분쟁은 여러 나라의 재판관할에 속할 수 있다. 그러나 이 경우에도 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 각국의 법규 및 판례가 서로 다른 기준을 적용하고 있어 문제해결을 어렵게 한다. 온라인서비스의 제공은 한편으로는 세계를 하나의 네트워크로 만들어 놓았으나, 다른 한편으로는 이로 인하여 온라인서비스제공자의 경영위험도 증가하였다. 왜냐하면 해당 온라인서비스를 이용할 수 있는 국가에서는 모두 그 온라인서비스제공자에 대하여 저작권침해의 책임을 물을 수 있기 때문이다. 일반적으로 저작권침해여부의 판단과 침해로 인한 법적구제는 그 침해행위지가 속하는 국가의 법률에 따라서 판단하여야 한다. 즉 저작권의 보호를 원하는 국가의 법에 따라야 하며, 이를 소위 ‘보호

국가원칙'이라고 한다. '문학·예술적저작물의보호를위한베른협약' 제5조 제2항 제3문도 저작권의 보호범위와 저작권의 보호를 위하여 주어지는 법적 구제는 오로지 보호를 원하는 국가의 법률의 지배를 받는다고 규정하고 있다. 따라서 온라인서비스에 의하여 저작권침해를 받았다고 주장하는 장소가 속한 국가에서는 모두 온라인서비스제공자의 책임을 물을 수 있다는 결과가 된다. 이러한 점은 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 법적 불안감을 증대시키는 요인이라고 판단된다.

간단한 예를 들어 온라인서비스제공과 관련하여 발생하는 법적 문제가 얼마나 복잡한가를 살펴보자. 만일 인터넷사용자가 A국에서 타인의 저작권을 침해하는 자료에 접근할 수 있다면, 저작권자는 저작권침해가 A국에서 발생하였다는 것을 이유로 그 국가에 있는 온라인서비스제공자에 대하여 저작권침해의 소를 제기할 수 있을 것이다. 즉 A국에서 저작물이 이용될 수 있기 때문에 A국의 법률에 따라서 온라인서비스제공자가 저작권 침해의 책임이 있다는 판결을 받을 수 있다. 이는 원래 해당 자료(저작권 침해물)를 제3자가 A국 이외의 다른 국가에서 업로딩하였고 그 자료를 저장하고 있는 서버가 A국 이외의 지역에 위치하고 있으며, 그 자료가 온라인서비스제공자의 시스템을 통하여 단지 A국으로 전달된 것에 불과한 경우에도 마찬가지일 것이다. 게다가 해당 자료가 A국 이외에 B국에서도 접근가능한 것이라면, 저작권자는 양자는 어느 한 국가에서 소를 제기할 수 있을 것이다. 그러나 각국은 저작권침해에 대하여 서로 다른 기준을 적용할 수 있다. 저작권자의 측면에서는 자신에게 가장 유리한 국가에서 소를 제기할 것이며, 소위 '법정쇼핑'(forum shopping)의 원인을 제공하게 될 것이고, 다른 한편으로는 세계적인 규모로 온라인서비스를 제공하는 사업자에 대하여 법적 불안을 초래하게 될 것이며, 이는 결국에는 온라인서비스산업의 발전에 저해가 될 것이다.

위에서 살펴본 바에 따르면, 저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 어떤 합리적인 통일적 기준을 마련할 필요가 있음을 알 수 있다. 이 경우 그 기준은 한편으로는 저작권침해행위에 대하여 제재를 가하고, 다른 한편으로는 온라인서비스제공자가 제3자(고객)의 침해행위를 효과적으로 감시할 수 없는 위치에 있지 않는 경우 그의 책임을 면책시키

는 방향으로 정하여야 할 것이다. 현재 저작권침해의 책임에 대하여 하나의 통일적인 기준이 확립되어 있지 않은데, 이는 온라인서비스제공자들에게 불리하게 작용하여 그들이 법적분쟁을 피하는 것을 어렵게 하고, 서로 그 내용이 다른 각국의 저작권법과 충돌을 피할 수 없게 하고 있다. 이는 결국에는 온라인서비스제공자의 영업활동을 방해하고 전자통신 및 전자거래의 발전을 저해하게 될 것이다.

적절한 한도내에서 저작권침해책임을 인정하여야 하는데, 이렇게 함으로써 한편으로는 온라인서비스제공자가 온라인저작권침해를 근절하기 위하여 노력하도록 할 수 있고, 다른 한편으로는 그 책임의 정도가 너무 지나쳐서 오히려 온라인서비스의 제공을 저해하는 부작용을 가져오는 것을 방지할 수 있어야 한다.

그러나 어떠한 유형의 온라인서비스가 저작권침해로 간주되고 그에 대하여 누가 책임을 져야 하는가는 여전히 불분명하다. 우선 온라인사업자가 스스로 타인의 저작권을 침해하는 자료를 업로딩하거나 전달하는 경우에 대해서 보자. 이러한 자들은 ‘온라인 콘텐츠 프로바이더’(online content provider)라고 하는데, 이들도 자신들의 행위에 대해서 전통적인 저작권법상의 책임원리를 적용받아야 하는가에 대하여 의문을 가질 수 있다. 그러나 일반적으로 이러한 자들은 저작권을 침해하는 것으로 인정되고 있어 큰 어려움이 없다. 문제는 인터넷이용자나 온라인서비스이용자가 온라인서비스제공자의 시스템에 업로딩한 자료가 타인의 저작권을 침해하는 경우에 그 온라인서비스제공자가 책임을 져야 할 것인가이며, 이와 관련한 법적 논의의 초점도 대부분 바로 여기에 맞추어져 있다.

후술하는 바와 같이, 저작권법상 온라인서비스제공자가 어떠한 책임을 지며 어떤 요건하에서 그 책임을 면책 내지 경감할 수 있는가에 대해서 이미 미국과 유럽연합에서 이를 입법적으로 해결하려고 하는 시도가 있었다. 온라인서비스제공자의 책임문제에 대하여 아직 이렇다할 법률을 갖고 있지 않은 다른 국가들은 미국과 유럽의 법규를 비교함으로써 적절한 해결책을 마련할 수 있을 것이다. 이는 우리나라도 마찬가지이다. 우리나라에서도 현재 저작권법개정안이 일정한 요건하에서 온라인서비스제공자의 책임을 면제한다는 규정을 두고 있는데, 이는 실체적인 측면에서는 기본적인

로 독일의 입법태도를 그리고 절차적인 측면에서는 미국의 그것을 따르고 있는 것으로 보인다. 그러나 아직 유럽연합의 법규는 그 시행기간이 짧고 실제로 그 타당성 여부도 검증되지 않았다. 물론 이 점에 있어서는 미국도 마찬가지이다. 따라서 미국과 유럽연합의 현행법규를 분석 및 해석하는 것도 중요하지만 지금까지 온라인서비스제공자의 책임에 대한 주요국의 판례를 비교·분석함으로써 현재 미국 및 유럽연합의 온라인서비스제공자의 책임에 대한 규정이 어떻게 발전하여 왔는가를 살펴보는 것이 더 의미 있는 연구가 될 것이다.

나중에 자세히 살펴보겠지만, 미국과 유럽연합의 규정을 비교하여 보면, 유럽연합은 온라인상에서의 저작권침해에 대하여 효과적으로 대처하기 위하여 아직 많은 부분에 있어서 세밀한 법정비가 필요한 것으로 보인다. 이는 기본적으로 독일의 입법태도를 따르고 있는 우리나라의 경우에도 마찬가지이다. 여기서는 현재 온라인서비스제공자의 책임에 대한 규정으로서 대표적이라고 할 수 있는 미국, 유럽연합 및 독일의 법규정 및 판례를 분석함으로써 앞으로 국내법의 발전에 기여하고자 한다.

제 3 절 온라인서비스제공자의 책임 일반론

1. 온라인서비스업과 저작권법상의 권한

저작자에게 주어지는 권리는 각국의 입법례에 따라서 매우 다양하다. 그러나 대부분의 국가에서, 권리범위의 차이는 있지만, 기본적으로 인정되는 권리는 예컨대 복제권, 배포권, 개작권, 방송권, 공연권, 공중전달권 등을 들 수 있다. 저작물의 이용형태가 유형적인가 무형적인가에 따라 개별저작 재산권을 구분할 수 있다. 유형적인 저작물이용권 중 대표적인 것이 복제권으로 이는 저작물을 어떤 유형물에 고정하는 것을 허락하거나 금지할 수 있는 권리이다. 무형적인 저작물이용권의 대표적인 것이 소위 ‘공중전달권’(right of communication to the public)인데, 이는 저작물이 무형적인 방법으로 일반공중에게 전달되는 것을 허락 또는 금지할 수 있는 권리로, 이는 인정범위에 있어 각국이 차이를 나타내고 있다. 우리나라 저

작권법의 경우에도 ‘공중전달권’을 전면적으로 인정하고 있지는 않고, 그 일부를 공연권과 방송권으로 나누어 규정하고 있다.

국제적인 차원에서는 주지하다시피 세계지적소유권기구(WIPO)가 1996년 저작권조약(WCT) 제8조에서 공중전달권을 명시적으로 규정하고 있다. 동 규정에 따르면, 저작자는 일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그 저작물을 접근할 수 있도록 하는 것을 포함하여 유선 또는 무선으로 그 저작물을 일반공중에 전달하는 것을 허락할 배타적인 권리를 갖는다. 특히 ‘일반공중의 구성원이 개별적으로 선택한 장소와 시간에 그 저작물을 접근할 수 있도록 하는’ 권리를 소위 ‘이용제공권’(right of making available)이라고 하는데, 이는 WIPO 실연·음반조약(WPPT) 제10조와 제14조에 의하여 각각 실연자와 음반제작자에게도 인정되고 있다. 특히 이용제공권은 어떤 저작물을 인터넷을 통하여 일반공중이 이용할 수 있도록 하는 권리를 명시적으로 저작권자에게 귀속시키고 있다.

온라인서비스의 내용을 분석하여 보면, 온라인서비스제공자는 여러 개별 저작재산권의 측면에서 저작권침해가 발생할 수 있는 가능성 내지 수단을 제공하고 있다고 보여진다. 저작물을 컴퓨터에 저장하는 것은 복제행위이고, 이를 전송하는 것은 이용제공행위로서 이용제공권 및 공중전달권의 범주에 속한다. 심지어는 어떤 웹사이트를 보거나 BBS에 접근하는 경우에도 적어도 기술적으로 그리고 일시적으로는 복제가 수반된다. 이러한 인터넷상에서의 복제와 전송은 순간적으로 일어나고, 비용이 많이 드는 것도 아니며 대부분의 경우 익명으로 행해진다. 따라서 구체적인 경우 그 침해행위를 제한하고 직접적인 가해자를 찾아내기란 매우 어렵다.

따라서 법적으로 중요한 문제는 온라인서비스제공자가 원래는 제3자인 고객의 행위에 의하여 발생하였으나 그의 온라인서비스제공에 의하여 촉진되어지거나 용이하게 된 저작권침해에 대하여 과연 책임을 져야 하는가 또는 책임을 진다면 어떠한 조건하에서 책임을 지는가이다.

저작권침해에 대한 책임문제는 두 가지 측면에서 고찰할 수 있다. 두 가지 측면이란 직접적인 침해(direct infringement)와 간접적인 침해(secondary infringement)를 말한다. 우선 직접 타인의 저작권을 침해하는 행위를 한 자는 그로 인한 민형사상 책임을 부담하여야 함은 두말할 필요

가 없다. 온라인서비스제공자가 그 서비스를 제공함에 있어서 타인의 저작물을 권한없이 복제한 사실이 인정되면 그는 직접침해자가 된다. 그러나 온라인서비스제공자가 (단순히 기술적인 복제라 하더라도) 실제로 복제를 한 것으로 보이는 경우에도 이는 그 고객의 지시에 따라 한 것으로 인정되기 때문에, 온라인서비스제공자에 대해서 직접침해의 책임을 묻는 경우가 많지 않다. 미국의 판례에서도 온라인서비스제공자에 대하여 직접침해의 책임을 묻는 것은 피하고, 구체적인 경우에 간접침해의 책임을 물을 수 있는가의 여부 및 만일 그렇다면 어떠한 요건하에서 이를 인정할 수 있는가의 문제에 그 논의가 집중되어 있다.¹⁹⁾

다음에 문제되는 것이 간접침해인데, 이에 따르면 일반적으로 타인에 의한 저작권침해를 의식적으로 야기하거나 야기하는 것을 방조한 경우에 저작권침해의 책임이 인정된다.²⁰⁾ 간접침해의 경우에는 흔히 직접침해자의 불법행위를 간접침해자가 알고 있었느냐의 문제와 그 불법행위로부터 간접침해자가 어떤 경제적 이익을 얻었는가에 의하여 그 책임인정 여부가 결정된다.

그러나 인터넷환경하에서는 간접침해논리를 적용하기가 쉽지 않다. 만일 온라인서비스제공자가 정보나 자료를 직접 제공하지 않거나 또는 타인의 저작권을 침해하는 자료를 인터넷에 업로딩하는 것을 격려하거나 권유하지 않고 단순히 그 고객이 해당 자료를 전달하는 과정에서 매개자로서의 역할을 한다면, 그 온라인서비스제공자가 자신의 서비스시스템에 저장된 것이 타인의 저작물이라는 것을 알고 있었다고 보기 어렵다. 많은 경우에 있어서 온라인서비스제공자는 그 시스템에 저장되거나 그를 통하여 전달되는 자료들의 내용이나 특별한 성질을 알지 못한다. 게다가 온라인서비스제공자는 제3자의 정보나 자료를 단지 수동적으로 매개하는 역할을 하기 때문에, 그 전달되는 자료를 일일이 감시하는 것은 매우 비현실적이다. 우선 온라인서비스제공자의 시스템을 통하여 전달되는 정보의 양은 어

19) *Playboy Enterprise, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552(M.D.Fl. 1993); S.E. Halpern, *New Protection for Internet Service Providers: An Analysis of The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, (1993) 23 Seton Hall Legis. J. 359, 376 참조.

20) *J.A.L. Sterling*, *World Copyright Law*(1988), p.413.

마어마하여 이를 실시간으로 효과적으로 감시하는 것은 불가능하다. 뿐만 아니라 해당 정보의 소유자라고 주장하는 자가 저작권침해사실을 통지한 경우에도, 온라인서비스제공자는 그의 주장이 옳은 지의 여부 또는 그 고객이 해당 정보를 사용할 수 있는 정당한 권한을 갖고 있는 지의 여부에 대하여 판단할 수 없다.

우리가 온라인서비스제공자의 책임을 경감 내지 면책함으로써 그에 대한 적절한 보호규정을 두지 않는다면, 온라인서비스제공자는 그 서비스를 제공함에 있어서 법적 불안을 느끼게 되고 그 서비스제공을 주저하게 될 것이며, 이는 결국 우리나라에서의 전자통신 및 전자거래의 발전을 저해하게 될 것이다. 게다가 어떤 국가에서 온라인서비스제공자를 보호하기 위한 적절한 보호규정을 두고 있지 않다면, 외국의 온라인서비스제공자는 그 국가에 대하여 정보의 제공 기타 서비스를 자제하게 될 것이다. 이는 다시 국제적인 전자통신 및 전자거래를 저해하게 될 것이며, 이는 전세계의 경제·사회발전의 둔화로 이어지게 될 것이다.

인터넷은 범세계적인 특성을 갖고 있으며, 따라서 어느 한 국가에서 온라인서비스제공자의 책임문제에 대한 법규를 정비하였다고 하여 문제가 완전히 해결된 것으로 볼 수는 없다. 각 온라인서비스제공자들의 서비스는 국경을 초월하여 이용할 수 있으며, 따라서 이들에 대해서 적용되는 책임기준도 통일할 필요가 있다. 따라서 온라인서비스제공자와 저작권자의 이익의 균형을 이루는 범위내에서 적절한 법적 장치를 마련함으로써 저작권 침해에 대하여 효과적으로 대처하는 것이 중요하다.

온라인서비스제공자가 단순히 수동적인 전달자로서 행위하고 합리적인 노력을 하였으나 그의 시스템을 통하여 전달되는 정보나 자료의 성질을 알 수 없는 경우에도 엄격한 책임기준을 적용한다면, 이는 서비스제공비용에 대하여 상당한 영향을 끼칠 것이고 결국에는 많은 사업자들이 온라인서비스제공업을 떠나도록 하는 원인을 제공하게 될 것이다. 온라인서비스제공자가 그들의 네트워크를 통하여 전달되는 자료를 단속하려고 한다면, 이는 막대한 비용을 초래할 것이다. 뿐만 아니라 그들은 장래에 있을 지도 모르는 법적 분쟁으로부터 자신들을 보호하기 위하여 보험에 과도한 비용을 지출하게 될 것이다. 이러한 사정들은 다시 최종소비자에게 비용상승의

결과를 가져오며 온라인정보이용을 제한하게 될 것이다. 이는 또한 온라인서비스고객들의 프라이버시보호(privacy protection)에 대해서도 좋지 않은 영향을 끼치게 되며, 언론의 자유(freedom of speech)에 대해서도 부정적인 영향을 끼치게 될 것이다. 게다가 제3자의 저작권침해행위로 인한 책임부담위험을 효과적으로 감소시키지 않는 한, 온라인서비스업은 새로운 투자를 유인하지 못할 것이다. 이러한 경제적 부담은 뿐만 아니라 소규모 사업자들을 온라인서비스업으로부터 구축(驅逐)하게 될 것이고, 궁극적으로는 대규모사업자들이 온라인서비스업을 독점할 수 있도록 하여, 다시 인터넷이용자들의 비용을 증가시키는 결과를 가져올 것이다.

요컨대 저작권자의 이익을 비용효과적으로(cost-effectively) 보호하려고 하지 않고, 온라인서비스제공자에 대하여 무조건 엄격한 책임기준을 적용하는 것은 사회적, 교육적 및 사업목적의 정보교환을 위한 효과적인 수단으로서의 인터넷의 이용가능성을 감소시키게 될 것이다.

물론 온라인서비스제공자는 인터넷에서 전달되는 저작물을 보호하기 위하여 저작자를 도울 수 있는 가장 좋은 위치에 있는 자이다. 만일 온라인서비스제공자가 적절한 통지를 받으면, 그는 즉시 저작권침해자료를 제거하거나 그 이용을 금지하여야 할 것이다. 온라인서비스제공자는 그들의 시스템을 통하여 정보나 자료를 이용케 함으로써 어떤 이익을 얻는다. 따라서 온라인서비스제공자들에게 저작권자들의 합법적인 이익을 보호하기 위하여 그들과 협력할 것을 요구하는 것도 부당한 것은 아니다.

다른 한편, 저작권자들은 그들의 저작물을 감시할 수 있는 가장 효과적인 위치에 있고, 이는 예컨대 저작권집중관리단체를 통하여 할 수 있다. 저작권자들은 인터넷을 통하여 저작물을 이용할 수 있는 새로운 가능성을 얻었고 이를 통하여 수익을 얻기 때문에, 그 저작권침해를 감독하는 비용도 분담하여야 한다. 인터넷은 저작권자들로 하여금 저렴한 비용으로 그 저작물을 배포할 수 있는 수단을 제공하며 그 저작물이 보다 큰 시장에서 이용될 수 있는 가능성을 제공하고 있기 때문이다.

온라인서비스제공자와 저작권자가 효과적으로 협력하기 위해서는 특별한 책임요건이 각 당사자에 대하여 분명하게 마련되어야 한다. 이렇게 될 경우, 온라인서비스제공자는 그 정해진 요건에 따라 행동하기만 하면(예

컨대 저작권자가 온라인서비스제공자에게 어떤 자료의 이용을 금지할 것을 요구하기 위해서는 사전에 저작권침해사실을 충분히 통지할 것을 요건으로 하는 것), 저작권침해의 책임을 면하게 되며, 따라서 온라인서비스제공자에 대하여 법적 안정성을 부여하게 될 것이다. 온라인서비스제공자의 책임에 대한 법률을 제정할 경우에는 지나치게 구체적인 개념은 피하고 어느 정도 일반개념을 사용함으로써 앞으로의 기술발전에 따른 온라인서비스의 제공과 인터넷의 이용까지도 포함할 수 있어야 할 것이다. 이러한 법률은 한편으로 온라인서비스제공자에 대하여 하나의 행동지침 또는 책임기준을 제공하게 될 것이며, 다른 한편으로는 저작권침해소송에서 법관에게 많은 도움이 될 것이다.

2. 미국저작권법상 온라인서비스제공자의 책임

(1) 온라인서비스제공자의 책임과 DMCA의 제정

미국은 1998년 10월 ‘디지털 밀레니엄 저작권법’(Digital Millenium Copyright Act(이하 ‘DMCA’라 함))를 제정하여 1976년 저작권법 중 제5장을 수정함으로써 온라인서비스제공자의 책임에 대한 법규를 마련하였다. DMCA 제2장은 ‘온라인저작권침해책임제한법’(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act(OCILLA))인데, 이는 특별히 온라인서비스제공자에 대하여 규정하고 있고, 일정한 요건이 충족된 경우 그들에게 손해배상책임의 면책가능성을 제공하고 있다.

(2) DMCA 제정전의 온라인서비스제공자의 책임

DMCA 제정의 범위와 그에 의한 미국저작권법 전체의 변화를 완전히 이해하기 위해서는, DMCA 제정전에 온라인서비스제공자가 전통적인 저작권법원리에 따라서 어떻게 책임을 부담하였는가를 검토하는 것이 필요하다고 생각한다.

이하의 판례에서 법원은 저작권침해에 있어서 직접책임(direct liability), 기여책임(contributory liability) 및 대위책임(vicarious liability)의 이론을 적용하였다.

1) Netcom사건

Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc. 사건²¹⁾(이하 'Netcom사건'이라 함)에서 직접적인 소송의 원인이 된 것은 BBS(Bulletin Board System, 전자게시판 시스템) 호스트가 그 시스템에 저작권으로 보호받는 저작물을 저장하였다는 것이다. 그러나 Netcom도 소위 액세스 프로바이더(access provider)로서 피고가 되었는데, 그 이유는 Netcom이 해당 BBS에 인터넷이 연결되도록 하는 서비스를 제공하였기 때문이었다. 원고는 Netcom과 BBS가 BBS에 저작권으로 보호받는 저작물을 저장함으로써 자신의 저작권을 직접 침해하였거나 또는 보충적으로 피고들은 소위 기여책임 또는 대위책임의 이론에 따라서 침해에 대한 책임이 있다고 주장하였다.

이에 대하여 Netcom은 해당 자료의 복제는 그의 컴퓨터프로그램에 의하여 인터넷을 통한 정보전달과정에서 자동적으로 이루어진 것이라고 항변하였다. 따라서 Netcom은 원고의 저작물을 복제하는 데 대하여 어떤 저촉될 만한 행위를 하지 않았다고 주장하였다. 법원은 Netcom의 주장을 받아들였고, '수동적인 전달자'(passive carrier)에게 직접적인 저작권침해의 책임을 지우는 것은 적절하지 않다고 판시하였다. 법원은 직접침해책임을 지우기 위해서는 '침해 또는 침해야기의 어떤 요소'(some element of violation or causation)가 요구되는데, 피고의 시스템은 단지 제3자에 의한 복제가 가능하도록 하기 위하여 사용되었기 때문에 그 요건이 결여되었다고 판시하였다.

그럼에도 불구하고 법원은 Netcom이 기여책임이론에 따라 이차적 책임을 지지는 않는가의 문제를 계속 다루었다. 여기서 법원은 Netcom이 만일 그 시스템에 저작권침해자료가 존재하고 있다는 것을 알았고 게다가 일차적 침해자의 행위에 기여하였거나 그에게 도움을 주었다면, Netcom은 기여책임이 있을 수 있다고 판시하였다. 법원은 만일 원고가 Netcom이 문제된 자료가 저작권에 의하여 보호받고 있다는 사실을 발견한 후에

21) 923 F. Supp. 1231(N.D. Cal. 1995).

도 이를 전달하는 것을 계속 허용하였다는 것을 증명한다면, 기여책임의 요건은 충족된다고 판시하였다.

이상과 같이 법원은 기여책임으로 Netcom의 책임을 인정할 수 있었는데도 불구하고, 계속하여 대위책임의 문제도 검토하였다. 이 점에 관하여 법원은 Netcom이 고객의 행위를 통제할 수 있었다고 보았다. 그러나 법원은 Netcom이 저작권침해를 이용함으로써 직접적으로 경제적 수익을 얻었다는 원고의 주장은 받아들이지 않았다. 왜냐하면 Netcom은 그 고객들로부터 오직 정해진 수수료만을 받았기 때문이다. 그러므로 Netcom은 고객의 저작권침해에 대하여 대위책임을 지지 않을 것이다.

그러나 위의 Netcom사건은 1996년 화해로 해결되었고, 따라서 법률적 관점에서는 불행하게도 이 사건에서 법원이 확인한 사실들은 판결로 이어지지 못하였다. 그러나 Netcom사건은 앞으로 온라인서비스제공자에 대하여 이차적 책임의 문제를 다루게 될 소송에 대하여 적어도 하나의 지침을 제공하였다고 볼 수 있다.

그러나 Netcom사건의 화해시에 특기할 만한 점은, 이 사건이 앞으로 저작권자가 저작권침해의 소를 제기하기 위해서는 일정한 서면에 의한 절차가 전제되어야 한다는 원칙을 세웠다는 점이다. 이러한 기준은 나중에 서술하는 바와 같이 DMCA에서 채택되었는데, 그것이 바로 통지(notification)와 대응통지(counter notification)의 절차이다(미국저작권법 제512조 (c)(2) 참조).

요컨대 Netcom사건은 온라인서비스제공자는 그가 스스로 저작권을 침해하는 데 대하여 어떤 적극적인 행동을 하지 않은 이상 직접침해는 부담하지 않으며, 다만 그의 시스템에서 저작권침해가 발생하는 것을 허용하였다면 이차적 책임이론에 따라 저작권침해의 책임을 부담할 수도 있다는 것을 말해주고 있다.

그러나 여전히 불분명한 것은 법원이 온라인서비스제공자가 저작권침해 행위가 계속되도록 허용하였는지의 여부 및 온라인서비스제공자가 그의 시스템상에 저작권을 침해하는 자료가 존재하고 있음을 알았는지의 여부를 어떻게 판단할 수 있는가이다. 이러한 점에 관한 한 온라인서비스제공자들은 명시적인 입법적인 해결을 원하였으며, 따라서 Netcom사건은 이와 관

련하여 특히 DMCA의 제정을 유발하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

2) Fonovisa사건

Netcom사건에 이어서 온라인서비스제공자의 책임과 관련이 있다고 볼 수 있는 사례로 Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc. 사건²²⁾(이하 ‘Fonovisa사건’이라 함)을 들 수 있는데, 여기서 법원은 캘리포니아주의 중고품교환시장(swapmeet)의 운영자는 그 시장내에서 어떤 개인판매자가 타인의 음악저작권을 침해하는 자료를 판매한 경우 그 개인판매자의 행위에 대하여 책임이 있다고 판시하였다. 이 사건은 재래의 중고품교환시장에서 그 운영자의 기여책임 및 대위책임에 대한 것이긴 하지만, 제3자에 대하여 전자통신과 거래를 위한 장소 및 수단을 제공하는 온라인서비스제공자의 책임에 대해서도 쉽게 유추 적용될 수 있다고 보여진다.

기여책임과 관련하여 법원은 직접가해자인 개인판매자에게 그 중고품교환시장에 필요한 설비를 제공하여 그 직접가해자의 침해행위에 기여하였다고 판시하였다. 게다가 법원은 중고품교환시장을 감독하고 개인판매자와의 임대차계약을 언제든지 해지할 충분한 권한이 있다는 사실은 중고품교환시장의 운영자가 각 개인판매자들의 행위를 통제할 수 있다는 점을 명백히 말해주는 것이라고 하였다. 법원은 나아가 그 시장운영자가 각 개인판매자들이 매일매일 지급하는 일정액의 임차료뿐만 아니라, 입장료와 주차료를 받고 그 시장구내에서 음식을 판매함으로써 수익을 얻고 있었다고 판시하였다. 이 경우 그 경제적 수익이 불법음악저작물의 판매와 직접적인 관련이 없다는 것은 중요하지 않다고 하였다.

Fonovisa사건이 시사하는 바는 단순히 어떤 시설을 제공하는 것도 기여책임을 인정하기에 충분한 정도로 저작권침해에 참여한 것으로 볼 수 있다는 점이다. 게다가 법원은 일반적으로 대위책임을 인정하기 위하여 ‘직접적인 경제적 수익’(direct financial benefit)을 얻을 것이 요구되는데, 그 수익은 반드시 침해행위 자체와 직접적인 관련이 없더라도 상관이 없다는 점을 밝혔다. 또한 법원은 대위책임을 인정하기 위하여 일반적으로

22) 76 F. 3d 259(9th Cir. 1996).

직접가해자의 행위에 대하여 통제권한이 있을 것이 요구되는데, 위 사건에서 중고품교환시장의 운영자와 개인판매자 사이에 계약관계가 존재하고 그 운영자가 임대차계약을 해지할 수 있었다면 그 통제권한은 충분히 있는 것으로 간주된다고 하였다.

Fonovisa판례는 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 유추적용이 가능하다. 온라인서비스제공자도 예컨대 그 고객들로부터 징수하는 수수료에 의하여 경제적 수익을 얻는다. 또한 온라인서비스를 이용하는 고객이 많으면 많을수록, 온라인서비스제공자가 얻는 광고수익도 높아진다. 그리고 온라인서비스제공자는 일반적으로 그 고객들과 계약관계에 있어 통제권한이 있다고 볼 수 있다.²³⁾ 이러한 점을 전제로 Fonovisa판례의 내용을 분석하여 보면, 이는 인터넷상 온라인서비스제공자의 역할에 대하여 하나의 위협이 될 수 있음을 알 수 있다. 즉 Fonovisa판례를 그대로 따르게 되면, 온라인서비스제공자의 기여책임 및 대위책임의 범위를 확대하게 될 것이며, 이는 서비스제공자의 활동을 위축시키게 될 것이다.

3) 소 결

이상 DMCA 제정 이전의 판례를 분석하여 보았는데, 온라인서비스제공자가 고객의 침해행위를 얼마나 알고 있어야 하는지 및 그에 대하여 어느 정도까지 책임을 부담하여야 하는지에 대하여 많은 해석의 여지가 있음을 알 수 있다. Netcom사건과 Fonovisa사건을 통하여 우리는, 온라인서비스제공자는 그가 고객들에게 저작권침해자료의 사용을 격려하거나 권유하지 않았고 그 침해행위로부터 특별한 경제적 수익을 얻지 않았을 때에는 고객들의 행위에 대하여 직접적인 책임은 지지 않는다 하더라도, 간접적인 책임을 부담할 수도 있다는 점을 알 수 있다.

그러나 이러한 판례의 태도는 온라인서비스사업의 위협을 증대시키고 그 효율성을 감소시키기는 것으로 생각되었다. 따라서 새로운 법을 제정함

23) Fonovisa판례를 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 적용할 수 있는가의 문제에 대하여 자세한 것은 K.A. Walton, Is a Website Like a Flea Market Stall? How Fonovisa v. Cherry Auction Increases the Risk of Third Party Copyright Infringement Liability for Online Service Providers, [1997] 19 Hasting Comm/Ent. L.J. 921, 943.

으로써 한편으로는 온라인서비스제공자에게 법적 안정성을 부여하고, 다른 한편으로는 저작권자에게 저작권침해에 대하여 효과적으로 대처할 수 있는 장치를 마련할 필요성이 증대하였다.

(3) DMCA의 적용범위

1) DMCA의 내용

저작권자와 온라인서비스제공자의 이익을 신중히 고려하여 마련된 규정이 DMCA 제2장 ‘온라인저작권침해책임제한법’(OCILLA)에 의하여 신설된 미국저작권법 제512조이다. 이 새로운 규정은 한편으로는 ‘서비스 프로바이더’(service provider)의 저작권책임제한을 규정하고 있고, 다른 한편으로는 인터넷상 저작권침해에 대하여 효과적인 보호지침을 제공하고 있다.

그러나 우리가 DMCA와 관련하여 주의하여야 할 것은 동법은 언제 그리고 어떠한 조건하에서 온라인서비스제공자가 저작권침해에 대하여 책임을 지는가에 대해서는 규정하고 있지 않다는 점이다. 따라서 이 점에 관한 한 기존의 저작권법원리가 여전히 적용되어야 하며, 저작권자는 온라인서비스제공자가 직접책임이론, 기여책임이론 또는 대위책임이론 중 어느 하나에 따라서 그의 배타적 권리를 침해하였음을 입증하여야 한다. 물론 DMCA에 의하여 온라인서비스제공자가 저작권침해소송에서 전통적인 공정사용(fair use)의 법리(미국저작권법 제107조) 이외에 별도의 방어수단을 갖게 되었다는 점은 새로운 사실이다. 따라서 온라인서비스제공자가 DMCA에 규정된 면책요건을 충족하지 못한다 하더라도, 그의 행위는 일반저작권법의 규정에 따라 다시 한번 그 적법성을 검토하여야 할 것이다.

미국저작권법은 온라인서비스제공자가 저작권침해에 대하여 책임을 지고 면책될 수도 있는 행위를 네 가지로 유형화하여 제512조에서 규정하고 있다. 이는 구체적으로 ①일시적 디지털 네트워크 통신(동법 제512조 (a)), ②시스템 캐싱²⁴⁾(동법 제512조 (b)), ③사용자의 지시에 따른 시스

24) ‘캐싱’(caching)이란 검색을 보다 효율적으로 하도록 하나 또는 여러 개의 파일의 복제본을 생성하는 과정을 일컫는 일반개념이다. 이는 이용자가 특정 파일에 접근하는

템 또는 네트워크상의 정보의 저장(동법 제512조 (c)) 및 정보검색도구(동법 제512조 (d))이다. 뿐만 아니라 DMCA는 제512조 (e)에서 비영리목적의 교육기관에 대한 책임제한규정을 특별히 두고 있다.

일반적으로 이러한 유형의 상황이 존재하는 경우에는, 온라인서비스제공자가 정보전달에 대한 ‘수동적 매개체’(passive conduit)로서 기능함으로써 부차적으로 정보전달설비를 제공하고, 그의 시스템을 통하여 이용할 수 있는 정보를 직접 생산 내지는 제공한 자가 아닌 경우에는, 그의 손해배상책임(monetary liability)이 면제된다. 이 면책요건을 충족시키기 위해서는 저작권자가 온라인상의 자료사용을 허락하지 않았다는 사실을 온라인서비스제공자에게 서면에 의하여 통지한 경우 그 통지를 수령한 후 신속히 그 침해주장을 받은 자료를 제거하거나 그에 대한 접근을 불가능하게 하여야 한다. 이 경우 통지는 침해주장자가 정당한 권한을 갖고 있으며, 저작권을 침해하였다고 의심되는 자료가 구체적으로 어떠한 것이며, 어디에서 찾을 수 있는지 등의 내용을 포함하고 있어야 한다(미국저작권법 제512조 (c)(3)). 온라인서비스제공자는 이러한 저작권침해통지를 수령할 대리인을 지정하여야 하며, 그 대리인의 성명, 주소, 전화번호, 전자우편(e-mail)주소 기타 연락정보를 미국저작권청에 제출하여야 한다(미국저작권법 제512조 (c)(2)).

온라인서비스제공자가 면책되기 위해서는 추가로 두 가지 조건을 충족하여야 한다(미국저작권법 제512조 (i)). 첫째, 온라인서비스제공자는 상습적으로 온라인불법행위를 저지르는 고객의 인터넷계정을 말소하는 규칙을 마련하여 이를 합리적으로 실행하여야 한다. 둘째, 온라인서비스제공자는 저작물을 보호하거나 그 동일성을 확인할 수 있는 ‘표준기술조치’(standard technical measures)를 채택하여야 하고 이의 기능을 방해하여서는 아니 된다.

시간을 감소시켜 결과적으로 그 파일에 대한 접근을 용이하게 하기 위하여 행하여진다. 캐싱은 전체 웹사이트의 복제를 용이하게 할 뿐만 아니라, 해당 웹사이트의 소유자의 경제적 수익에도 악영향을 끼친다. 즉 캐싱은 현재의 웹사이트나 파일을 전달해주는 것이 아니라 각 웹사이트나 파일의 낡은 복제본을 전달해주고, 그 웹사이트의 실제방문객수를 알 수 없게 하며 따라서 광고효과를 감소시키는 결과를 가져온다. 따라서 캐싱의 규제와 일정한 경우 그로 인한 면책은 필요하다고 본다.

바로 위에서 언급한 바와 같이 온라인서비스제공자는 저작물을 보호하기 위한 기술조치를 사용하고 상습적 침해자를 가려내어 그의 인터넷사용을 금지하여야 한다. 그렇다고 하여 DMCA에 의하여 온라인서비스제공자가 인터넷사용자들의 프라이버시를 침해하는 것이 정당화되는 것은 아니다. 미국저작권법 제512조 (m)항은 온라인서비스제공자가 인터넷이용자의 프라이버시를 보호하여야 함을 분명히 하고 있다. 즉 미국저작권법 제512조 (a)항부터 (d)항까지의 규정에 따라 온라인서비스제공자가 면책되기 위한 전제조건으로서 반드시 그가 그의 시스템을 감시하거나 저작권침해행위를 적극적으로 찾아야 하는 것은 아니다. 뿐만 아니라 다른 법률에 의하여 금지되어 있는 데도 불구하고 특정자료에 접근하거나 그 자료를 제거하는 것도 허용되는 것은 아니다. 여기서 다른 법률이란 예컨대 1986년의 미국 ‘전자통신프라이버시법’(The Electronic Communications Privacy Act)을 들 수 있다.

한편 DMCA는 저작권침해책임에 대해서뿐만 아니라 다른 책임에 대해서도 일정한 경우 온라인서비스제공자를 면책하고 있다. 즉 온라인서비스제공자가 그의 시스템상에 존재하는 자료가 저작권을 침해한다는 것을 알고 이에 따라 그 자료를 제거하거나 그 자료에 대한 접근을 불가능하게 하였다 하더라도, 온라인서비스제공자는 이에 대한 책임을 지지 않는다. 그러나 이 경우 그 제거 등의 행위가 온라인서비스제공자의 선의로 이루어져야 한다. 아울러 이 경우 저작권침해의 의심을 받는 자료가 실제로는 저작권을 침해하지 않는 것으로 판명되었다 하더라도, 온라인서비스제공자의 면책에는 아무런 영향을 미치지 않는다(미국저작권법 제512조 (g)).

2) DMCA에 대한 평가

미국저작권법 제512조의 규정은 온라인서비스제공자와 저작권자의 이익을 조정하기 위한 것일 뿐만 아니라 인터넷이용자와 저작권자의 이익도 신중하게 조정하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 전반적으로 볼 때, 동 규정은 인터넷이용자와 저작권자 사이에 저작권분쟁이 발생할 경우 온라인서비스제공자가 이를 중립적인 위치에서 그러면서도 적극적으로 해결할 수 있는 가능성을 제공하고 있다고 보여진다. 이는 특히 저작권침해의 ‘통

지’(notification)²⁵⁾와 그에 대한 ‘대응통지’(counter notification)²⁶⁾ 절차에서 잘 나타나 있다.

온라인서비스제공자가 저작권침해의 서면통지를 수령하고 침해혐의자료를 제거하거나 그에 대한 접근을 불가능하게 한 경우에는, 그는 고객에게 그 사실을 통지하여야 한다. 그러면 고객은 대응통지를 하여, 자신은 문제된 자료가 착오로 또는 저작물의 동일성을 오인하여 제거되었다는 점을 확신하고 있음을 주장할 수 있다(미국저작권법 제512조 (g)(3)). 온라인서비스제공자는 고객의 이러한 대응통지의 사본을 저작권자에게 제공하여야 한다(미국저작권법 제512조 (g)(2)(B)). 만일 저작권자가 온라인서비스고객의 저작권침해행위를 금지시키기 위하여 소송을 제기하였고 이 사실을 그 온라인서비스제공자에게 통지하지 않는다면, 온라인서비스제공자는 고객으로부터 대응통지를 받은 후 10일 이후 14일 이내의 영업일에 제거된 자료를 원상회복하여야 한다.

DMCA가 제정되지 않았던 당시라면, 온라인서비스제공자는 어떠한 형태의 통지를 수령하건 간에 저작권침해책임이 두려워 문제된 자료를 즉시 제거하고 그 상태를 그대로 유지하였을 것이다. 그러나 이러한 상황은 온라인서비스고객에게는 매우 불합리하며, 그로서는 온라인서비스제공자를 상대로 소송을 제기하여 자신이 문제된 자료를 사용할 정당한 권한이 있음을 확인받는 길밖에는 없다. 그러나 이제 인터넷이용자의 이익은 과거보다 많이 보호받을 수 있다. 저작권자는 만일 그가 그의 저작권을 보호받기 원한다면, 단순히 온라인서비스제공자에게 저작권침해사실을 통지하는 것 이상의 것을 하여야 한다. 결과적으로 DMCA의 규정은 반대사실의 입증의 없는 한 저작물의 공정사용을 허용하고 있는 것이며, 따라서 이는 저작권자와 인터넷이용자 양자의 이익을 보다 적절히 고려하였다고 볼 수 있다.

미국저작권법 제512조가 온라인서비스제공자의 책임을 효과적으로 면책시키고 동시에 저작권자의 적법한 이익을 침해하지 않는 기능을 적절히 수행할 수 있는 지는 앞으로 시간을 두고 지켜보아야 할 것이다. 그러나

25) 미국저작권법 제512조 (c)(3), (b)(2)(E), (c)(1)(C), (d)(3), (e)(1)(B) 참조.

26) 미국저작권법 제512조 (g) 참조.

적어도 이론상으로는 동 규정이 온라인서비스제공자와 저작권자가 온라인 저작권침해에 대하여 협력할 필요가 있음을 강조하고 있음은 분명하다.

3. 유럽연합의 저작권법상 온라인서비스제공자의 책임

(1) 서 론

유럽연합의 회원국들은 여러 해 전부터 온라인서비스업을 규율하기 위한 법률을 각각 독자적으로 제정하여 왔기 때문에,²⁷⁾ 온라인서비스제공자의 책임을 통일적으로 규율할 필요성이 매우 컸다. 유럽연합의 회원국들은 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 서로 다른 법규를 갖고 있다는 점은 역내시장의 단일화라는 유럽연합의 목표를 저해하는 요소로 작용한다고 생각하였다.

온라인서비스제공자의 저작권침해에 대한 책임문제를 해결하기 위한 유럽연합의 노력은 두 개의 유럽연합지침에서 찾을 수 있다. 그 하나는 ‘정보화사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정분야를 통일하기 위한 지침’²⁸⁾ (소위 ‘멀티미디어지침’(multimedia directive) 또는 ‘통일화지침’(harmonisation directive)이라고도 함)이고, 다른 하나는 ‘역내시장에서의 전자상거래를 포함한 정보사회서비스의 특정분야에 대한 지침’(소위 ‘전자상거래지침’(e-Commerce directive)라고 함)²⁹⁾이다.

나중에 자세히 검토하겠지만, 위의 유럽연합의 지침들은 온라인서비스제공자의 책임에 대하여도 직접 또는 간접적으로 적용될 수 있는 규정을 두고 있으나, 미국 DMCA의 규정과 비교하여 조금 부족한 감이 없지 않다.

27) 독일, 프랑스 및 이태리에서의 온라인상 저작권침해에 대한 규정의 개관으로는 *Kohler & Burmeister, Copyright Liability on the Internet Today in Europe*, [1999] 10 E.I.P.R. 485; 프랑스법에 대하여 보다 자세한 것으로는 *N. Quoy, Liability for Copyright Infringement Through Reproduction*, [1999] 181 R.I.D.A. 2. 참조.

28) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001, p.10.

29) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.07.2000, p.1.

(2) 멀티미디어지침

멀티미디어지침은 그 주된 목적 중의 하나가 유럽연합의 회원국들이 1996년 WIPO의 저작권조약(WCT)과 실연음반조약(WPPT)을 국내입법하게 하고, 그 과정에서 회원국간의 통일을 기하기 위함이다.³⁰⁾ 유럽연합위원회는 저작권자, 이용자 및 정보전달자 사이의 이익을 균형있게 고려함으로써 유럽연합회원국의 저작권법을 디지털시대에 맞도록 개정하고 통일시키려는 목적으로 동 지침을 준비하였다.³¹⁾

멀티미디어지침은 특히 기존의 저작권법상 권한을 전자통신기술의 환경에 확대시키는 데 그 목적을 두고 있다. 동 지침은 저작권자뿐만 아니라 저작인접권자에게도 복제권을 인정하고 있으며, 저작물을 디지털형태로 복제하는 것도, 설령 그것이 일시적인 것이라 하더라도, 저작권침해가 됨을 분명히 하고 있다.³²⁾

그러나 이와 같이 디지털형태로 이루어지는 복제를 모두 저작권자의 배타적 권한으로 하면 사용자의 적법한 저작물사용이익을 저해할 수 있다. 따라서 멀티미디어지침 제5조 제1항 일시적 복제에 대한 예외를 규정하고 있다. 즉 일시적이고 우연한 복제로서, 그것이 오직 해당 저작물을 사용하게 하기 위한 기술적 과정에서 필수적으로 그리고 그 과정에서 가장 중요한 부분으로서 행하여지는 경우에는, 그 복제는 저작권자의 복제권으로부터 제외된다. 따라서 온라인서비스제공자의 시스템상에서 정당한 사용자가 저작물을 사용하도록 하기 위하여 일시적으로 그리고 우연히 일어나는 복제에 대해서는 저작권자의 허락을 받지 않아도 된다.

온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 중요한 관심사는 뿐만 아니라 동 지침 제3조 제4항에 규정된 저작권자의 전송권에 대한 제한이다. 동 규정

30) 지침이유 11번 참조.

31) 지침이유 3번 참조.

32) 멀티미디어지침의 자세한 내용에 대해서는 안효질, 『정보사회에서의 유럽저작권법의 변화』, 『지적소유권법연구』 제4집 (2000.06), 9쪽 이하; A. Ross, The future of the EU copyright law: the amended proposal for directive on copyright and related rights in the Information Society, [1999] 4 Comms. L. 128; J. Dorpe, Incidental Reproduction: The Implication of the Draft Copyright Directive [1999] ENT.L.R. 234 참조.

에 따르면, 단순히 전송을 가능하게 하기 위한 설비를 제공하는 것은 저작권자의 배타적 권한에 속하는 공중전달행위(communication to the public)가 아니다. 이는 수동적인 정보매개자를 보호하기 위한 규정이다.

(3) 전자상거래지침

멀티미디어지침도 특히 복제권과 전송권의 범위를 제한하고 있다는 점에서 온라인서비스제공자의 책임과 어느 정도 관련이 있는 것은 사실이다. 그러나 멀티미디어지침이 특별히 온라인서비스제공자의 책임을 제한하기 위한 명시규정을 둔 것은 아니며, 오히려 이 문제는 전자상거래지침에서 광범위하게 다루어지고 있다.³³⁾ 전자상거래지침은 온라인서비스제공자가 단순한 매개자로서 행위하는 경우의 민사 및 형사책임의 모든 영역에 대하여 규정하고 있다. 여기서도 온라인서비스제공자에 대하여 엄격한 책임 기준을 적용할 경우 유럽연합내에서의 전자상거래의 발전을 저해하게 될 것이라는 관점이 그 기초를 이루고 있다.³⁴⁾ 따라서 전자상거래지침은 동지침의 요건을 충족하는 한 온라인서비스제공자의 모든 책임을 면책하려는 목적을 갖고 있다.

전자상거래지침은 제12조부터 제15조까지 온라인서비스제공자의 책임과 관련한 규정을 두고 있다. 동 규정들은 온라인서비스제공자가 제3자의 정보 전달과정에서 단순한 매개자로서 행위하는 경우 그 손해배상책임과 형사적 책임을 면제하기 위한 요건을 정하고 있다. 그러한 요건이 충족되는 경우, 온라인서비스제공자는 경우에 따라서 침해금지의 청구를 당할 뿐이다.³⁵⁾

전자상거래지침은 미국의 DMCA의 규정과 유사하게 온라인서비스의 유형을 ‘단순매개’(mere conduit), ‘캐싱’(caching) 및 ‘호스팅’(hosting)으로 각각 나누어 규정하고 있다.

우선 온라인서비스제공자의 책임을 면제하기 위한 기본조건으로 그가 소위 ‘콘텐츠 프로바이더’(content provider)로서 행위해서는 아니 되며,

33) 지침이유 12번도 이러한 점을 밝히고 있다.

34) 지침이유 5번 참조.

35) 전자상거래지침에 의하여 침해금지청구권은 아무런 영향을 받지 않는다는 점에 대해서는 동 지침 제18조와 지침이유 제45번 참조.

수동적인 이차적 전달자로서 기능하여야 한다. 따라서 온라인서비스제공자는 자료의 전달을 스스로 주도하거나, 그 자료의 수령자를 선택하거나 또는 그에 포함된 정보를 변경하여서도 아니 된다(동 지침 제12조).

따라서 유럽연합 전자상거래지침의 기본구도는 미국 DMCA의 그것과 유사하다고 볼 수 있다. 전자상거래지침에 의해서도 미국 DMCA와 마찬가지로 온라인서비스제공자에 대하여 침해금지를 청구하여 저작권침해물을 제거하거나 그에 대한 접근을 금지하는 것을 청구할 수 있으나, 온라인서비스제공자가 단지 기술적인 서비스만을 제공하고 고객이 그 서비스를 이용하여 타인의 저작권을 침해하고 있다는 사실을 알지 못하는 한, 그에 대하여 손해배상을 청구할 수 없다.

그러나 불행하게도 전자상거래지침은 저작권침해자료에 단순히 연결, 즉 소위 링킹(linking)하였을 경우 온라인서비스제공자의 책임을 면제하기 위한 규정을 두고 있지 않다. 이에 반하여 전술한 바와 같이 미국 DMCA 제512조 (d)는 ‘정보검색도구’와 관련하여 온라인서비스제공자를 면책하고 있다. 유럽연합의 지침대로라면, 예컨대 온라인서비스제공자가 문제된 자료의 제공자가 아니어서 그가 링킹한 자료가 타인의 저작권을 침해하고 있다는 사실을 알지 못하는 경우에도, 저작권자가 온라인서비스제공자를 상대로 침해소송을 제기할 수 있는 가능성을 열어줄 수도 있을 것이다. 따라서 온라인서비스제공자를 충분히 보호하기 위해서는 유럽연합에서도 그에 상응하는 면책규정을 추가하는 것이 타당한 것으로 보인다. 주지하다시피 정보검색도구는 인터넷을 효과적으로 사용하기 위하여 매우 중요한 수단인데, 만일 이러한 면책규정을 두지 않을 경우, 정보검색도구를 제공하는 비용이 증가할 것이고 자연적으로 정보검색도구의 이용가능성을 감소시키는 결과를 가져올 것이다.

물론 유럽연합에서도 정보검색도구와 관련하여 온라인서비스제공자의 책임문제를 전혀 고려하지 않은 것은 아니다. 즉 유럽연합의 전자상거래지침 제21조 제2항은 유럽연합위원회가 2003년 7월 17일 이전까지 전자상거래지침의 적용에 대한 보고서를 제출하도록 규정하고 있는데, 동 보고서에서 온라인서비스제공자의 하이퍼링크(hyperlink) 및 정보검색서비스에 대한 책임, 통지 및 삭제절차(notice and take down procedure)

그리고 삭제자료에 대한 책임귀속 등의 문제에 대해서 분석할 것을 규정하고 있다. 뿐만 아니라 동 규정은 전자상거래지침 제12조 및 제13조에 규정된 ‘단순한 매개자’ 및 ‘캐싱’에 대한 면책을 인정하기 위하여 추가요건이 필요한지에 대해서도 검토할 것을 정하고 있다. 결국 이렇게 된다면, 유럽연합의 지침도, 그 내용은 다르지만, 미국저작권법 제512조의 규정과 대부분 같은 요소들을 고려하고 있거나 장래에 고려할 것으로 보인다.

전자상거래지침은 교육기관에 대한 면책에 대해서도 별도의 규정을 두고 있지 않다. 교육기관도 온라인서비스를 제공하기도 하며, 이 경우 교육기관은 그 서비스를 이용하는 제3자의 침해행위에 대하여 책임을 지게 되는 경우가 있다. DMCA는 교육기관의 면책에 대한 특별규정을 두고 있는데(미국저작권법 제512조 (e)) 자상거래지침도 이와 유사한 면책규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

전자상거래지침의 가장 큰 흠이라고 한다면, 온라인서비스제공자의 네트워크상에 존재하는 저작권침해물에 대한 유럽차원에서의 ‘통지 및 삭제절차’규정이 결여되어 있다는 점이다. 주지하다시피 인터넷은 脫國境性을 그 특징으로 하며, 따라서 유럽연합내에서 이러한 절차를 통일한다면, 저작권침해물의 제거가 용이해지고 온라인불법행위의 근절에도 많은 도움이 될 것이다. 이러한 절차를 지침에 가능한 한 자세히 규정할 경우, 유럽연합의 회원국들 사이에 결과적으로 동일한 통지 및 삭제절차가 적용될 것이고, 이는 다시 온라인서비스제공자가 각 회원국의 국내법을 준수하는 데 드는 비용과 시간을 절약하는 효과를 가져올 것이다. 전술한 바와 같이, 전자상거래지침이 이에 대하여 완전히 침묵하고 있는 것은 아니며, 지침 제21조에서 앞으로 유럽연합은 이에 대하여 연구를 계속할 것임을 규정하고 있다. 뿐만 아니라 동 지침 제16조는 전자상거래지침을 적절히 국내입법화하고 적용하는 데 기여하기 위하여, 각 영업단체, 직업단체 및 소비자단체 등이 유럽연합 및 각 회원국의 차원에서 ‘행동지침’(codes of conduct)을 마련하고 그 실시결과를 서로 교환할 것을 규정하고 있는데, 이 과정에서도 침해의 통지 및 침해물삭제 절차에 대한 기준을 정할 수 있을 것이다.

어쨌든 현재의 전자상거래지침에는 저작권자의 이익을 효과적으로 보호하기 위한 기준으로서 통지 및 삭제절차가 없기 때문에, 이에 대한 보완이 시급하다. 온라인서비스제공자가 제3자로부터 저작권침해의 통지와 함께 저작권침해를 이유로 제소당하는 경우, 전술한 통지 및 삭제절차에 대한 규정이 없다면, 그의 책임의 정도는 매우 불명확한 상태에 놓이게 된다. 설령 제3자의 통지가 나중에 근거없는 것으로 판명된다 하더라도, 온라인서비스제공자의 입장에서는 되도록 책임을 회피하기 위하여 어떠한 형식이나 내용의 통지를 받더라도 해당 자료를 즉시 삭제하게 될 가능성이 많다. 따라서 온라인서비스제공자는 침해혐의를 받고 있는 자료 또는 해당 사이트에 대한 접근을 제한하려고 할 것이고, 이는 온라인서비스이용자들의 표현의 자유(freedom of speech)에 대한 중대한 침해가 될 수도 있다.

유럽연합의 전자상거래지침의 이러한 미비점을 수정·보완할 수 있는 방법이 두 개 있다. 그 첫째는 전자상거래지침을 DMCA의 실용적인 규정들과 유사한 규정을 포함하도록 개정하는 것이다. 구체적으로는 정보검색도구, 교육기관 및 통지절차에 대한 규정을 두어야 할 것이다. 다른 방법으로는 우선 이러한 문제에 대한 행동지침을 제정하고, 이어서 이를 장래의 지침에 반영하는 것이다. 후자와 관련하여서는 실제로 유럽연합에서 1999년에 인터넷상 불법 내지 유해정보의 유포를 금지하기 위한 목적으로 ‘인터넷의 안전사용촉진을 위한 행동계획’(Action Plan on promoting safer use of the Internet)³⁶⁾이 채택되었다. 이것은 특별히 저작권침해에 대한 것은 아니지만, 불법행위의 금지를 위한 행동지침을 포함하고 있으며, 특히 사업자가 자기규제(self-regulation) 및 온라인정보감시장치를 마련할 것을 권고하고 있다.³⁷⁾

36) Decision No 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999 adopting a Multiannual Community Action Plan on promoting safer use of the Internet by combating illegal and harmful content on global networks, OJ L 33, 6 February 1999, p.1.

37) 형벌책임의 분야에서는(예컨대 아동포르노나 인종, 종교, 국적 등을 근거로 한 적개심을 야기하는 온라인정보와 관련하여) 이미 여러 나라에서 온라인서비스제공자들이 자기규제장치를 시행하고 있다. 이에 대해서는 Sieber, *Internet Law: Responsibility of Internet Providers—A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy*, [1999] 15 C.L.S.R. 291, 303 참조.

위와 같은 행동지침이 효과적이기 위해서는 되도록 그 내용이 포괄적이어야 하며, 가능한 한 다수의 회원국들이 승인 및 채택할 수 있는 규정을 포함하여야 한다. 만일 미국식의 통지절차를 적절하다고 판단하여 이를 유럽연합에서 채택할 경우, 이는 국제적인 차원에서 통지절차의 통일을 가져올 것이고, 특히 국제적으로 활동하는 온라인서비스제공자에 대해서는 보다 많은 법적 안정성과 비용절감효과를 가져올 것이다.

위와 같은 행동지침이 관련당사자들의 이익간 균형을 적절히 고려하는 내용을 담고 따라서 유럽연합 또는 더 나아가서 세계 여러 나라에서 널리 채택되기 위해서는 그 제정과정에 이해관계있는 모든 영역의 당사자들이 참여하여야 할 것이다. 정보 및 통신산업부문의 기업들뿐만 아니라, 저작자 및 기타 권리자단체가 참여하여야 할 것이다. 물론 이러한 목적을 달성하기가 쉽지는 않다. 그러나 만일 이것이 제대로만 이루어진다면 모든 관련당사자들에게 많은 도움이 될 것이다. 이렇게 제정된 행동지침은 한편으로는 저작권자와 온라인서비스제공자가 서로 협력하기 위한 기본 틀을 제공하고, 동시에 다른 한편으로는 정보서비스업의 발전을 위협하지도 않아 결과적으로 일반공중의 이익으로 돌아갈 것이다.

4. 소 결

일반적으로 우리는 인터넷은 콘텐츠 프로바이더, 액세스 프로바이더 및 최종소비자 등 모든 자들이 성공할 수 있는 가능성을 제공한다고 말한다. 그러나 이것이 단순히 이론적인 주장에 그치지 않기 위해서는 온라인서비스제공자를 적절히 보호하기 위한 장치가 필요하다. 그렇지 않을 경우 인터넷은 오히려 이를 운영하고 그 중개서비스를 제공하는 자에 대하여 위험요소가 될 수도 있다.

이러한 점에서 볼 때, 유럽연합의 지침은, 물론 원래 목표는 온라인서비스제공자를 모든 측면에서 보호하려고 하였겠지만, 전술한 바와 같이 몇 가지 점에서 불충분하지 않나 생각한다. 가장 중요한 결점은 저작권침해에 대한 통지절차가 없다는 것이다. 사실 통지절차는 온라인저작권침해가 발생하였을 경우 취하여야 할 중요한 행위이다. 따라서 유럽차원에서 하루

빨리 통지절차를 마련하는 것이 강하게 요구된다. 게다가 유럽연합의 지침은 다음과 같은 문제들에 대한 규정을 포함하는 방향으로 개정되는 것이 바람직하다. 즉 미국 DMCA 제512조 (d)에서 ‘정보검색도구’와 관련하여 온라인서비스제공자의 면책을 규정하고 있고, 동법 동조 (e)는 온라인서비스를 제공하는 교육기관에 대한 면책을 규정하고 있는데, 유럽연합의 지침에는 이에 상응하는 면책규정이 없다.

온라인서비스와 관련하여 우리가 관심을 가져야 할 것은 그 서비스제공자의 면책뿐만이 아니다. 온라인상 저작권침해를 찾아내야 하는 부담은 여전히 저작권자에 귀속되는 데, 이를 개개의 저작권자가 하기란 현실적으로 매우 어렵거나 불가능하다. 따라서 예컨대 음식점이나 기타 유흥업소에서 저작물이용과 관련하여 음악저작권자들이 사용하는 저작권집중관리제도를 온라인상의 저작물이용과 관련하여서도 전반적으로 도입하는 것이 저작권자에게 많은 도움이 될 수 있다. 저작권자를 보호하기 위한 다른 방법은 암호화기술을 이용하여 보호받는 저작물에 대한 접근을 통제하는 것이다. 소위 기술조치의 문제인데, 이는 부수적으로 인터넷상의 모든 것은 무료이고 그 자료를 이용하거나 획득하는 것도 자유롭다는 일반공중의 인식을 변화시키는 역할을 할 수도 있다. 물론 이러한 인식의 변화 또는 인터넷의 공정한 이용은 교육이나 기타 홍보를 통하여도 꾸준히 이루어 나가야 할 것이다. 암호화기술이 반드시 온라인저작권침해에 대하여 큰 도움을 주는 것은 아니다. 예컨대 저작물을 인터넷이용자가 스스로 업로딩하거나 전송하는 경우에는 암호화기술은 큰 도움이 되지 못하며, 해당 저작물을 저작권자가 원천적으로 암호화하여 제공하는 경우에만 저작권침해에 대하여 유용한 대처수단을 제공할 것이다.

저작권자와 온라인서비스제공자의 협력을 토대로 양자의 이익을 보호하기 위한 토대로서 법률을 제정 내지 개정하고, 동시에 인터넷의 공정이용을 위한 교육 내지 홍보를 강화하는 것은 확실히 인터넷서비스의 발달에 기여할 것이고, 이는 다시 일반공중의 이익으로 돌아 갈 것이다. 그러나 이 목표를 달성하기 위해서는 여전히 국가 및 국제적 차원에서 많은 노력이 필요하다고 생각한다.

제 4 절 P2P서비스제공자의 책임

1. 서 론

인터넷은 점차 디지털화된 책, 논문, 음악, 영상 기타 디지털저작물을 배포하기 위한 중요한 수단으로 쓰이고 있다. 디지털저작물은 특별한 기술 조치가 가해지지 않는 한 쉽게 복제 및 변경될 수 있으며, 이는 다시 인터넷을 통하여 재배포될 수 있다. 초고속인터넷통신기술의 발전은 새로운 유통수단으로서의 인터넷의 기능을 더욱 강화하고 있다. 여기에 소위 P2P라고 하는 정보공유기술은 그 어떤 기술보다도 디지털저작물의 유통에 일대 혁신을 가져오고 있다. P2P환경하에서는 각각의 인터넷이용자가 직접 정보의 제공자이자 수신자이며, 정보의 교환이 각 이용자들 사이에서 직접 이루어지고, 각 이용자들의 익명성이 다른 일반의 인터넷통신의 경우보다도 강하게 보장된다는 점에서 권리침해의 위험이 높다. 다른 한편 P2P서비스의 운영주체는 대부분 P2P환경의 조성을 위한 소프트웨어를 공급하고 P2P네트워크를 위한 서버컴퓨터만을 제공한다는 점에서 매우 소극적인 행위만을 하고 있다. 전술한 바와 같이 앞으로 점차 많은 콘텐츠가 DRM기술조치로 무장한 채로 거래될 것으로 예상된다 하더라도, 이러한 변화가 P2P를 통한 콘텐츠의 유통을 기술적으로 봉쇄할 수 있거나 그로 인하여 P2P정보교환의 필요성이 상실되는 것도 아니다. 오히려 저렴한 정보유통비용, 신속한 정보유통, 실시간의 정확한 정보검색 등 여러 이점으로 인하여 앞으로도 P2P정보유통은 증대할 것이다. 앞에서는 일반적인 온라인서비스제공자의 책임의 제한에 대하여 언급하였는데, 이하에서는 P2P서비스에 그 초점을 맞추어 그 운영자의 책임에 좀 더 깊게 검토하고자 한다.

냅스터와 그누텔라는 어느 사이 P2P에 대한 대표적인 이름이 되었다. 냅스터와 그누텔라는 인터넷을 통하여 음악자료를 손쉽게 교환할 수 있는 대표적인 수단으로 알려져 있다. 그러나 이러한 음악자료의 교환을 저작권법상 어떻게 취급하여야 할 것인가는 그렇게 많이 다루고 있지도 않고 그 문제 자체가 결코 간단한 것만도 아니다. 더군다나 소위 프로바이더라고

하는 사업자들은 개개의 이용자에게 의한 저작권침해에 대하여 간접적으로 참여한다고 볼 수도 있어 문제를 더욱 어렵게 만들고 있다. 이용자들은 자신의 컴퓨터에 복제물을 생성한다. 프로바이더는 이러한 자료를 다른 사람들이 이용할 수 있는 상태에 놓음으로써 간접적으로 저작권침해의 사주자 내지는 방조자로서 책임을 질 수도 있을 것이다. 여기서는 온라인서비스제공자의 책임에 대한 독일, 유럽연합 및 미국의 관련법규정의 내용을 비교하여 P2P서비스운영자의 책임에 대하여 검토하기로 한다.

2. 독일온라인서비스법(TDG)상 P2P서비스제공자의 책임

(1) TDG 제5조의 규정

독일에서 인터넷상 발생하는 권리침해에 대한 책임에 있어 중요한 의미를 갖는 규정이 온라인서비스법(Teledienstegesetz: TDG)(이하 “TDG”라 함) 제5조이다. 동법은 온라인서비스제공자의 책임과 관련하여 전세계적으로 볼 때, 최초의 입법 중의 하나라고 볼 수 있는 것으로 1997.6.13 제정되었다. 그 내용을 잠시 보자.

독일온라인서비스법 제5조 [책임]

- ①온라인서비스제공자는 (이용자로 하여금) 이용하게 할 목적으로 갖고 있는 자신의 내용물에 대해서는 일반법에 따라 책임을 진다.
- ②온라인서비스제공자는 (이용자로 하여금) 이용하게 할 목적으로 갖고 있는 타인의 내용물에 대해서는 그가 그 내용물을 알고 있고 그 내용물의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 기대가능한 경우에만 책임을 진다.
- ③온라인서비스제공자는 그가 오로지 (이용자가) 이용할 수 있는 접근수단만을 제공하고 있는 타인의 내용물에 대해서는 책임을 지지 않는다. 이용자의 요구(검색행위)에 따라서 타인의 내용물을 자동적으로 일시적으로 보관하는 것은 접근방법을 제공하는 것으로 간주한다.
- ④온라인서비스제공자가 전기통신사업법 제85조에 따라 통신의 비밀을 유지하면서도 어떤 불법적인 내용물을 알았고 이를 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 기대가능한 때에는, 온라인서비스제공자가 일반법에 따라 부담하는 불법내용물의 이용을 폐쇄하여야 할 의무는 이 법에 의하여 아무런 영향을 받지 않는다.

동법에 따르면, 자신의 자료에 대해서는 일반법원칙에 따른 책임을 진다. 따라서 온라인서비스제공자가 스스로 제공한 자료가 타인의 저작권을 침해하는 경우에는, 저작권법에 따른 책임을 고스란히 부담하게 된다. 타인의 자료에 대해서는 두 가지로 구분하여 보아야 한다. 첫째, 오로지 접근수단만을 제공하는 온라인서비스제공자는 어떠한 책임도 부담하지 않는다. 둘째, 이에 반하여 접근수단의 제공을 넘어 그 타인의 자료를 자신이 직접 제공하는 경우에는 그 자료의 내용을 알고 있고 그 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 실제로 금지할 경우 온라인서비스제공자에게 지나친 부담을 가져오는 경우가 아닌 경우에만 책임을 부담한다.

이 규정은 다음과 같은 상황을 전제로 하여 제정된 것이다. 우선 서비스 제공자가 자기 자신의 자료를 인터넷상 이용가능하게 하였다면 그는 일반원칙에 따라서 책임을 진다(소위 content provider, 동법 제5조 제1항). 온라인서비스자가 단지 호스팅(hosting) 기능을 수행하는 경우, 즉 그가 타인이 자료를 자신의 서버에서 이용가능하도록 하는 서비스만을 제공하는 경우에는 온라인서비스자가 그 자료를 알고 있었고 그 자료의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 그것이 기대할 만한 것인 때에만 책임을 진다(동법 제5조 제2항). 온라인서비스자가 단지 제3자에 의하여 제공된 자료에 대한 접근가능성만을 제공하는 경우에는 그는 전혀 책임을 지지 않는다(소위 access provider, 동법 제5조 제3항). 이와 같이 온라인서비스자의 책임을 경감시키고 있는 것은 인터넷통신의 경우 자료교환이 점차 많아지면서 이를 일일이 확인할 수 없고 통제가 불가능하다는 사정을 고려한 것이다.

P2P와 관련하여 보자. 독일 TDG에서 ‘자신’의 내용물이란 스스로 생성한 내용물뿐만 아니라 원래 제3자의 것을 ‘자신의 것으로 만드는’ 경우도 포함한다. 냅스터사는 서비스를 제공함에 있어서 그 이용자들의 하드디스크에 있는 음악파일들을 자신의 것으로 만들었다고는 볼 수 없다. 냅스터사는 단지 검색기능을 제공하는 것이다. 특정 음악파일을 공유시킬 것인지 여부는 오로지 냅스터이용자들의 판단에 달려있다. 따라서 냅스터사는 타인의 내용물을 이용하도록 하는 것이며, 이 경우에도 냅스터사는 단지 그 내용물에 대한 접근수단만을 제공하는 것이다. 즉 냅스터사는 소위 access-

provider로서 기능하는 것이다. 이러한 access-provider는 독일 TDG 제5조 제3항에 따라서 면책되고 있다. 그렇다면 TDG는 넵스터와 같은 온라인서비스제공자의 책임을 모두 부인하고 있는가? 그렇지 않다. 동법 제5조 제4항은 다른 법률(예컨대 저작권법)에 의하여 불법내용물의 이용을 금지할 의무가 있는 경우 그 의무는 TDG의 면책규정에 의하여 아무런 영향을 받지 않음을 규정하고 있다. 다만 조건으로서 온라인서비스제공자가 그 내용물을 알고 있고 내용물의 이용을 금지하는 것이 기술적으로 가능하고 실제로 그 금지가 온라인서비스제공자의 입장에서 보아 지나치다고 볼 수 없어야 한다. 요컨대 독일 TDG에 따르면, 저작권자는 넵스터사에 대하여 침해금지청구권은 행사할 수 있으나, 손해배상청구권은 행사할 수 없게 된다.

독일 온라인서비스법은 얼핏 매우 잘된 규정으로 볼 수 있다. 그러나 이 규정은 적지 않은 문제를 내포하고 있으며, 특히 P2P와 같이 종래의 인터넷통신방법이 아닌, 법제정 당시 미처 생각하지 못했던 상황에 대해서는 더욱 그러하다. 아래에서 특히 P2P와 관련하여 동법의 내용을 자세히 검토하여 보자.

(2) 저작권법상의 책임에 대한 TDG의 적용가능성

독일 온라인서비스법이 저작권법상의 불법행위에 대해서도 과연 적용될 수 있는 것인지에 대해서는 이미 많은 논란이 있었다.

가) 우선 입법자는 온라인서비스법의 적용범위를 저작권법의 영역에 대해서는 전혀 확장시키려고 하지 않았다고 하는 주장이 있다. 독일 정보온라인서비스법(IuKDG)³⁸⁾의 국회통과 이전에 열린 공청회에는 실제로 저작권 및 저작권접권분야의 관련단체대표자들이 참여하지 않았고 동법의 시행으로 인하여 앞으로 저작권 및 저작권접권분야에 어떠한 영향이 미칠 것인가에 대해서도 전혀 언급이 없었다.³⁹⁾ 오히려 국제적인 법발전의 동향,

38) Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz vom 13. Juni 1997. 동법은 여러 개의 법률을 제정 내지 개정하는 통합법률이며, 독일온라인서비스법(Telemediengesetz: TDG)는 바로 IuKDG의 Artikel 1에 의하여 제정된 법률이다.

39) OLG München ZUM 2001, 420=CR 2001, 333, 345-AOL; Schaefer/

즉 WIPO의 저작권조약(WCT)과 실연음반조약(WPPT)의 결과를 기다려야 한다는 의견이 있었을 뿐이었다.⁴⁰⁾

이에 반하여 IuKDG의 입법이유서에는 민사 및 형사책임 전체에 대하여 적용하여야 한다고 언급하고 있다. 입법자가 저작권법영역을 동법의 적용으로부터 배제하려고 한 어떠한 근거도 입법이유서에서는 발견할 수 없다.⁴¹⁾

나) 또한 온라인서비스법 제5조의 규정과 거의 같은 내용을 담고 있는 '대중매체서비스에 관한 주간조약'(Mediendienstestaatsvertrag: MD StV, 이하 '대중매체서비스조약'이라 한다) 제5조와 독일헌법의 내용을 함께 고려하여 보면, 온라인서비스법 제5조를 저작권침해에 대하여 적용하지 말아야 된다고 생각할 수 있다. 온라인서비스법은 주로 이용자들이 개별적으로 이용하는 일반적인 정보제공을 규율할 목적으로 제정된 것이다(동법 제2조). 이에 반하여 대중매체서비스조약은 일방적인 정보전달 또는 주문의 형태로 제공되어지는 전자언론매체에 대해서 적용됨을 그 목표로 하고 있다(동 조약 제2조).⁴²⁾

Rasch/Braun, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451, 453; *Brauneck*, Zur Verantwortlichkeit des Telediensteanbieters für illegal ins Netz gestellte Musikdateien nach §5 TDG, ZUM 2000, 480, 481.

40) *Schaefer/Rasch/Braun*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451, 453, 주 10).

41) BR-Dr. 966/96, S.22; LG München I ZUM 2000, 418=MMR 2000, 431, 433f. -AOL; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 196; *Bettinger/Freytag*, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links. Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545, 546f.; *Decker*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers, MMR 1999, 7, 8; *Lütcke*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S.15; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.133; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.126; *Schneider*, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des §5 TDG, GRUR 2000, 969, 971; *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider - ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v. 08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 326f.

42) 독일법상 '온라인서비스'(Teledienst)와 '대중매체서비스'(Mediendienst)의 구별에

그런데 대중매체서비스조약은 독일의 각주들이 모여서 체결한 조약이며, 따라서 이는 연방법이 아니라 주법에 불과하다고 볼 수 있다. 한편 독일헌법 제73조 제9호에 따르면, 저작권법에 대해서는 다른 지적소유권인 산업재산권 및 출판법에 대해서와 마찬가지로 연방만이 입법권한을 갖고 있다. 전술한 바와 같이 온라인서비스법(TDG)은 개별적으로 이용가능한 정보통신서비스를 규율함으로 그 목적으로 하고 있고, 대중매체서비스조약(MDStV)는 일반공중을 대상으로 한 정보통신서비스를 규율함을 그 목적으로 하고 있다면, 양자는 서로 보충하는 관계에 있다고 볼 수 있다. 그렇다면 대중매체서비스조약이 저작권법의 영역에는 적용되지 않는 것과 마찬가지로 온라인서비스법도 저작권법의 영역에는 적용되지 말아야 한다는 결론이 간접적으로 나오게 되는 것이다.⁴³⁾

대해서는 *Freitag*, Haftung im Netz, S.41; *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, 2981, 2983; *Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993, 2994; *von Bonin/Köster*, Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, 821, 822; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 80; *Theißen*, MMR, 1998, 678; *Flehsig/Gabel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, 351, 353; *Lütcke*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 25ff.; *Waldenberger*, Teledienste, Mediendienste und die "Verantwortlichkeit" ihrer Anbieter, MMR 1998, 124; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S. 120; *von Lackum*, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999, 697, 698 참조.

43) OLG München ZUM 2001, 420=CR 2001, 333, 335-AOL; *Schaefer/Rasch/Braun*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451, 455; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 81; *Waldenberger*, Teledienste, Mediendienste und die "Verantwortlichkeit" ihrer Anbieter, MMR 1998, 124, 127; *Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993, 2995; *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193, 3194; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 198; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.121.

그러나 온라인서비스법과 대중매체서비스조약을 다른 관점에서도 바라볼 수 있다. 즉 온라인서비스법 제5조나 대중매체서비스조약 제5조나 모두 일반적인 불법행위책임에 대하여 규정하고 있는 것이며, 따라서 이는 독일헌법 제74조 제1항 제1호에 의하여 연방과 주가 각각 경합하여 입법 권한을 갖고 있는 분야에 해당한다. 이들 규정의 내용은 결코 독일헌법 제73조 제9호의 연방의 입법권한에 속하지 않는다는 의미이다. 이렇게 연방과 주의 입법권한이 경합하는 영역에서 연방은 유독 개별적으로 이용가능한 온라인서비스의 영역에서 법률을 제정하였고, 일반공중에 대한 대중매체서비스의 영역에서는 법률을 제정하지 않았다. 따라서 각주들은 후자의 영역에서는 여전히 입법권한을 보유하고 있는 것이며, 그 입법권한을 행사하여 각주가 체결한 것이 대중매체서비스조약이라는 것이다.⁴⁴⁾ 각주는 대중매체서비스조약에서 대중매체서비스업자의 책임을 경감시키는 규정을 두고 있는데, 이 영역에서는 아직 연방법이 존재하지 않기 때문에 모든 민사책임, 즉 저작권침해로 인한 책임에 대해서도 대중매체서비스업자의 책임을 경감시키는 법률을 제정할 수 있고 그 결과가 대중매체서비스조약 제5조라고 볼 수 있다. 마찬가지로 연방은 온라인서비스법 제5조에서 통신서비스업자의 모든 민사책임(저작권침해로 인한 책임을 포함)을 경감시키는 규정을 두고 있다고 볼 수도 있다. 이렇게 본다면 결국 온라인서비스법 제5조나 대중매체서비스조약 제5조나 모두 저작권침해에 대해서도 적용되어야 한다고 보게 된다.

일부문헌에서는 앞서 말한 바와 같이 대중매체서비스조약 제5조와 온라인서비스법 제5조는 그 법문만 본다면 양자는 동일한 내용을 규정하고 있음에도 불구하고, 전자는 각주의 입법으로서 저작권법의 영역에서는 적용되지 않고 후자는 연방법으로서 저작권침해의 경우에도 적용될 수 있기 때

44) *Freytag*, Haftung im Netz, S.32f., 36; *Freytag*, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999, 185, 186f.; *Sieber*, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1, 4; 반대: *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.122. 그는 연방은 이미 대중매체서비스조약의 체결 이전에 민사책임에 대하여 포괄적이고도 완전한 규정을 두고 있기 때문에, 각주는 더 이상 이에 대하여 입법권한이 없다고 한다.

문에, 양자가 차별대우를 받는 것이 아닌가하고 비판을 하기도 하였다.⁴⁵⁾ 그러나 방금 위에서 살펴본 바와 같이 해석한다면, 대중매체서비스조약이나 온라인서비스법이나 모두 그 서비스업자의 책임을 경감시키며, 그 적용범위도 저작권침해로 인한 책임의 경우에까지 확대된다는 점에서 양자는 서로 차이가 없게 된다고 볼 수 있다.⁴⁶⁾

다) 한편 국제조약과의 관계에서도 과연 독일온라인서비스법 제5조가 저작권법의 영역에 대해서 적용될 수 있는가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 독일 온라인서비스법 제5조가 저작권법의 영역에 대해서도 적용된다면, 그것이 TRIPS협정 제41조 및 제45조에 합치하는지가 의문이다. 위 규정들에 따르면 TRIPS협정 회원국은 고의 또는 과실의 경우 손해배상 청구권을 보장하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 독일 온라인서비스법 제5조 제2항은 일정한 경우 과실책임을 제외하고 있다. 심지어 온라인서비스제공자가 해당 내용물을 알고 있는 경우에도 만일 그 내용물의 이용을 금지하는 것이 기대할 수 없을 정도라면 책임은 없다. 이러한 규정은 국제법위반으로 이어질 수 있다.⁴⁷⁾ 물론 이러한 비판에 대해서는 TRIPS협정 제45조는 제3자의 책임을 규정하고 있는 것이 아니라, 직접적인 가해자를 규율하고 있는 것이라는 반론이 제기될 수 있다.⁴⁸⁾ 다른 한편으로

45) *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 81; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.123f. 참조.

46) 반대의견: *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider-ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v.08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 328. 그는 헌법에 반하는 각주의 법률이 연방법을 축소 해석하는 결과를 가져올 수는 없다고 한다.

47) *Lehmann*, Unvereinbarkeit des §5 Teledienstegesetz mit Volkerrecht und Europarecht, CR 1998, 232, 233f.; *Schaefer/Rasch/Braun*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451, 453f.; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 203.

48) *Freytag*, Haftung im Netz, S.21f.; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.134f.; *Sieber*, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1, 4f.

는 TRIPS협정 제41조 및 제45조는 저작권침해에 대한 인식 또는 과실로 인한 不知를 전제로 하고 있는 규정인데 반하여, 독일온라인서비스법 제5조는 내용에 대한 인식 또는 부지를 전제로 하고 있는 규정이며, 따라서 후자는 저작권법의 영역에서는 적용될 수 없다고 주장하기도 한다.⁴⁹⁾

일부문헌의 견해는 독일온라인서비스법은 TRIPS협정 제41조 및 제45조의 규정에 배치되는 것은 아니고 전자는 단지 후자를 보충하는 것이고, 과실유무를 판단하는 기준을 좀 더 구체화한 것으로 보아야 한다고 한다. 즉 독일온라인서비스법 제5조는 TRIPS협정 제51조 제1항에서 규정하고 있는 침해사실을 ‘알았을 정당한 이유’(had reasonable ground to know)가 있는 경우가 무엇인가를 구체적으로 정하고 있다고 보아야 한다는 것이다.⁵⁰⁾

라) 독일온라인서비스법 제5조의 ‘내용물’(Inhalt)이란 자료전송을 기술적으로 조정하는 데이터 이외의 모든 종류의 정보⁵¹⁾ 또는 모든 종류의 문자, 그림 또는 소리⁵²⁾라고 정의할 수 있다. 따라서 저작물도 이에 포함되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 저작권침해의 경우에 그 내용물 자체는 가치 중립적이다. 오직 그 내용물을 이용하는 방법만이 적법 또는 위법할 뿐이다. 독일온라인서비스법 제5조 제4항은 ‘불법적인 내용물’(rechtswidriger Inhalte)이라는 표현을 쓰고 있어 마치 동법이 내용물 자체가 불

49) *Freytag*, Haftung im Netz, S.21f.; *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider—ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v.08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 329; *Decker*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers, MMR 1999, 7, 8f.

50) *Sieber*, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1, 4f.; *Decker*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers, MMR 1999, 7, 8f.

51) *Freytag*, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999, 185, 191; *Freytag*, Haftung im Netz, S.158ff.; *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider—ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v.08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 325; *Altenhain*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte—Auslegung und Kritik des §5 Teledienstegesetz, AfP 1998, 457, 460, 주 31).

52) *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikation-
netzen, CR 1997, 193, 196.

법적인 경우에만 적용되는 듯한 인상을 주고 있으나 그렇지 않다고 보아야 한다. 즉 독일온라인서비스법 제5조는 어떠한 내용물(저작물을 포함)을 불법적으로 이용하는 경우의 책임에 대해서도 적용되어야 한다. 독일온라인서비스법 제5조 제4항의 표현은 따라서 입법자의 실수로 인한 것이라고 보아야 한다.⁵³⁾

이에 반하여 독일온라인서비스법 제5조의 ‘내용물’(Inhalt) 자체가 법적 가치판단의 근거가 되어야 한다고 보는 견해⁵⁴⁾는 내용물의 불법적인 점을 인식하는 것과 내용물을 불법적으로 이용하고 있다는 점을 인식하는 것을 구분하여 보고 있는데,⁵⁵⁾ 이는 적절하지 않다. 이러한 견해를 주장하는 자들은 후자의 경우에도 내용물 자체에 대한 법적 평가가 수반되어야 한다는 점을 간과하고 있다. 내용물의 불법적인 점을 인식하는 것과 내용물을 불법적으로 이용하고 있다는 점을 인식하는 것은 모두 법적인 가치판단을 필요로 한다. 어떤 인터넷정보의 내용 그 자체로는 아직 아무런 법적 문제를 해결할 수 없다. 어떤 인터넷정보가 모욕적이거나 청소년에 유해한 것인지는 법적인 가치판단을 통해서만 알 수 있다. 마찬가지로 인터넷정보로 제공된 어떤 저작물이 적법한 복제물인 지 불법적으로 생성된 복제물인 지의 여부도 법적인 가치판단을 통해서만 알 수 있다. 전자의 경우에는 인터넷정보인 내용물 자체에서 그 불법적인 점을 발견할 수 있고, 후자의 경

53) *Decker*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers, MMR 1999, 7, 8f.

54) OLG München ZUM 2001, 420=CR 2001, 333, 334 f. -AOL; *Waldenberger*, Teledienste, Mediendienste und die “Verantwortlichkeit” ihrer Anbieter, MMR 1998, 124, 127; *Schaefer/Rasch/Braun*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451, 452; *Brauneck*, Zur Verantwortlichkeit des Telediensteanbieters für illegal ins Netz gestellte Musikdateien nach §5 TDG, ZUM 2000, 480, 481.

55) 이에 대해서는 *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider-ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v.08.03.2001-29 U 3282/00, CR 2001, 324, 325; 이러한 2단계의 불법인식에 대해서는 BT-Dr. 13/7385, S.20; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.143; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 87f.; *Schneider*, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des §5 TDG, GRUR 2000, 969, 973 참조.

우에는 그 내용물을 갖고 사전에 어떠한 행위를 하였는가를 조사하여야 한다는 차이점은 독일온라인서비스법 제5조의 규범취지에서 본다면 중요하지 않다. 한편으로는 음란하거나 인종차별적인 내용을 담고 있는 그림을 인터넷상에 올리는 행위와 다른 한편으로는 타인의 저작권을 침해하면서 제작된 그림을 인터넷상에 올리는 행위를 비교하여 보자. 전자의 경우에는 보통 사람이라도 그에 대한 법적 가치판단을 하기가 비교적 용이하다. 이에 반하여 후자의 경우에는 그에 대한 법적 가치판단이 쉽지 않다. 사실 전자의 경우에는 후자의 경우에서보다 내용물 자체가 법적 가치판단의 중요한 기준이 되고 있다. 그러나 독일뮌헨고등법원의 판결⁵⁶⁾을 따르게 되면, 독일온라인서비스법 제5조의 면책규정은 전자의 경우에는 적용되고, 그 법적 가치판단이 상대적으로 어려운 후자의 경우에는 오히려 적용되지 않는다. 불법인식이 용이한 경우에는 온라인서비스제공자가 면책되고 오히려 어려운 경우에는 면책되지 않는다는 어처구니없는 결과가 발생하게 된다.⁵⁷⁾ 국민을 선동하거나 음란한 내용물을 인터넷상에 제공하는 서비스제공자는 독일온라인서비스법 제5조 제2항의 규정에 따라 면책되고, 반면에 저작권을 침해하는 내용물을 인터넷상에 제공하는 서비스제공자는 면책되지 않는다는 것이다. 그러나 후자에 비하여 전자에게 특권을 부여하는 것은 결코 독일온라인서비스법의 입법취지라고 볼 수 없을 것이다.

요컨대 독일온라인서비스법 특히 동법 제5조의 면책규정은 저작권법의 영역에도 적용되어야 한다고 본다.⁵⁸⁾

(3) 온라인서비스의 개념과 P2P기술

독일온라인서비스법이 적용되기 위해서는 서비스제공자의 행위가 동법 제2조에서 말하는 ‘온라인서비스’(Teledienst)에 해당되어야 한다. 동법에서 말하는 온라인서비스는 동법 제2조 제1항에서 일반적으로 정의되어

56) OLG München ZUM 2001, 420=CR 2001, 333, 334ff. -AOL.

57) Reber/Schorr, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 675.

58) Reber/Schorr, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 675.

있고, 동조 제2항에서 이를 구체적으로 예시하고 있다. 전술한 바와 같이 독일온라인서비스법은 국민대중의 여론형성에 영향을 미치는 대중매체서비스에 대해서는 적용되지 않는다. 이러한 서비스에 대해서는 전술한 대중매체서비스조약이 적용된다. 이는 독일온라인서비스법 제2조 제2항 제2호와 대중매체서비스조약 제2조 제1항에서도 명시되어 있다. 넷스터와 그누텔라 또는 이에 유사한 서비스는 어떤 내용물을 편집하여 제공함으로써 국민대중의 여론형성에 영향을 미치는 대중매체서비스는 아니다. 따라서 대중매체서비스조약의 적용범위에 속하지는 않는다. 그렇다고 넷스터와 그누텔라가 독일전기통신사업법(Telekommunikationsgesetz) 제3조에서 말하는 전기통신사업에 해당한다고 볼 수 없다. 독일온라인서비스법은 이러한 전기통신사업에 대해서도 적용되지 않는다(동법 제2조 제4항 제1호).⁵⁹⁾ 그러면 넷스터와 그누텔라와 같은 서비스가 독일온라인서비스법상의 온라인서비스에 해당하는 것인가를 검토하여 보자.

1) 서버형파일공유시스템

넷스터와 같이 하나 또는 여러 개의 서버를 이용하는 파일공유시스템의 경우에는 그 서비스는 독일온라인서비스법 제2조의 온라인서비스에 포함된다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 파일공유시스템은 한편으로는 서비스운영자의 서버에 의하여 운영되는 네트워크에 대한 접속을 가능하게 하고, 다른 한편으로는 이용자의 정보검색요청을 처리하는 과정에서 각종 정보 제공을 위한 수단을 마련하여 준다는 점, 요컨대 인터넷 기타의 네트워크의 이용을 가능하게 한다는 점(동법 제2조 제2항 제3호)에서 동법상의 온라인서비스의 범주에 포함시킬 수 있다.⁶⁰⁾

59) 온라인서비스와 전기통신사업의 관계에 대해서는 *Koenig/Loetz*, Sperrungsanordnungen gegenüber Network- und Access-Providern, CR 1999, 438ff.; *Moritz*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 3.1, Rdn. 32; *Waldenberger*, in: Roßnagel, Recht der Multimedia-Dienste, §4 TDG Rdn. 15.

60) BT-Dr. 13/7385, S.19; *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 676; *Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997,

2) 분산형파일공유시스템

그누텔라와 같은 분산형파일공유시스템의 경우에는 시스템운영자가 존재하지 않기 때문에 독일온라인서비스법상의 온라인서비스제공자가 존재하지 않는다. 따라서 이 경우에는 해당 프로그램을 직접 이용하는 자와 그 프로그램을 제공한 자만의 책임이 문제된다.

(4) P2P통신과 TDG

1) TDG 제5조 제1항(자신의 내용물의 제공)

냅스터와 같은 파일공유시스템을 통하여 교환되는 정보는 그 시스템운영자가 스스로 작성한 내용물은 아니다. 그러나 시스템운영자가 타인의 보호받는 저작물을 마치 자신의 것인 채 하였다면 그는 독일온라인서비스법 제5조 제1항에 의하여 일반적인 불법행위의 책임을 진다.⁶¹⁾ 여기서 온라

2981, 2982f.; *Engel-Flehsig*, Das Informations- und Kommunikationsdienstgesetz des Bundes und der Medienstaatsvertrag der Bundesländer-Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia, ZUM 1997, 231, 235; *Flehsig/Gabel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, 351, 353; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.134; *Kreutzer*, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda(II), GRUR 2001, 307, 308.

61) BT-Dr. 13/7385, S.20; LG München I ZUM 2000, 418=MMR 2000, 431ff. -AOL; *Schneider*, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des §5 TDG, GRUR 2000, 969, 971; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 87; *Sieber*, MMR 1998, 438, 440; *Eichler*, K&R 1998, 412, 414; *Pelz*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530, 532; *Engel-Flehsig*, Das Informations- und Kommunikationsdienstgesetz des Bundes und der Medienstaatsvertrag der Bundesländer-Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia, ZUM 1997, 231, 235; *Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993, 2995; *von Bonin/Köster*, Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, 821, 824; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 197.

인서비스제공자가 타인의 내용물을 자신의 것인 채 한다는 것은, 예컨대 타인의 내용물을 그 출처를 밝힘이 없이 단순히 인터넷상에 제공함으로써 객관적인 제3자의 입장에서 보아 온라인서비스제공자가 그 내용물에 대하여 책임을 부담하겠다는 뜻을 간접적으로 표시하는 것을 의미한다.⁶²⁾ 예컨대 어떤 자가 그저 인터넷통신을 위한 공간(하드디스크)을 제공하는 경우에는, 원칙적으로 그는 그곳에 존재하는 제3자의 내용물을 자신의 것으로 하지 않는다고 보아야 한다.⁶³⁾ 이러한 시스템은 시스템운영자가 아니라 그 이용자가 각각 내용물을 제공함으로써 계속 유지된다. 시스템운영자가 수많은 내용물들에 대하여 책임을 부담하려고 하지는 않을 것이라는 점은 모든 관련자들에게 자명하다. 예컨대 어떤 자가 자신의 서버에 타인의 내용물을 내려받기 또는 올려실기할 수 있도록 제공하는 경우에는, 그는 그 타인의 내용물에 대하여 아무런 책임을 부담하려고 들지 않을 것이라고 보아야 할 것이다. 냅스터의 경우에는 더군다나 그 서버에 타인의 내용물이 저장되지도 않는다. 이 경우에는 그 서버에 타인의 내용물(저작물)의 이름만이 저장될 뿐이며, 그 이름 자체만으로는 아직 저작권침해라고 볼 수 없다.

일부문헌에서는 독일판례에서 발전되어 온 소위 ‘주최자책임’(Veranstalterhaftung)의 원칙⁶⁴⁾에 근거하여 이러한 온라인서비스제공자의 책임을 인정하려고 한다. 주최자책임이란 예컨대 어떤 공중접객업소에서 타인의 음악저작물을 동의없이 연주하는 경우에, 그 연주자뿐만 아니라 공중접객업소의 주인이나 기타 주최자 또한 저작권침해의 책임을 부담한다는 것이다. 이 견해에 따르면 온라인서비스제공자가 타인의 내용물을 의식적으

62) *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193, 3196; *Pelz*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530, 532; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 197; *Altenhain*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte-Auslegung und Kritik des §5 Teledienstegesetz, AfP 1998, 457, 458 주 35).

63) LG München I ZUM 2000, 418=MMR 2000, 431, 434f. -AOL; *Eichler*, K&R 1998, 412, 414. 반대: *Hoffmann*, MMR 2000, 434, 435.

64) 주최자책임에 대해서는 *Schricker/Wild*, Urheberrecht, 2. Aufl., 1999, §97 UrhG, Rdn. 36 참조.

로 제3자가 이용가능하도록 하였다면, 이는 곧 타인의 저작물을 ‘자신의 것인 체’ 한 것으로 보아야 한다고 한다.⁶⁵⁾ 그러나 입법자의 의도는 온라인서비스의 특성을 고려하여 그 서비스제공자의 책임을 경감시키려는 것이었지 결코 종래의 주최자책임의 원칙을 온라인환경에 대해서도 그대로 적용하려고 한 것은 아니었다고 보아야 할 것이다. 따라서 독일온라인서비스법 제5조 제1항의 규정을 확대해석하는 것은 결코 동법의 입법취지에 부합하지 않을 것이다.⁶⁶⁾

2) TDG 제5조 제2항(타인의 내용물의 이용제공)

독일온라인서비스법 제5조 제2항은 타인의 내용물을 이용에 제공하는 경우에 대해서 규정하고 있는데, 여기서 타인의 내용물의 ‘이용제공’이 있는 경우란 온라인서비스제공자가 타인의 내용물을 자신의 서버에 적어도 일시적으로 저장하는 경우에만 말할 수 있다.⁶⁷⁾ P2P시스템의 경우에는

65) *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.139; *Hoffmann*, MMR 2000, 434, 435; *Bettinger/Freytag*, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links. Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545, 550; *Freytag*, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999, 185, 191; *Freytag*, Haftung im Netz, S.173f.; *Brauneck*, Zur Verantwortlichkeit des Telediensteanbieters für illegal ins Netz gestellte Musikdateien nach §5 TDG, ZUM 2000, 480, 481.

66) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 677; *Sieber*, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1, 13.

67) LG Frankenthal MMR 2001, 401; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 198; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79, 87; *Vassilaki*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des §5 TDG im Strafrechtssystem, MMR 1998, 630, 632; *Sieber*, MMR 1998, 438, 441; *Sieber*, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1, 17; *Eichler*, K&R 1998, 412, 414; *Pelz*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530, 533; *Altenhain*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte-Auslegung und Kritik des §5 Teledienstegesetz, AfP 1998, 457, 458; *Koch*, Stra-

내용물을 내려받기할 수는 있으나, 그것이 서버에 저장되는 것이 아니라 각 이용자의 컴퓨터에 존재하게 된다.

이와 관련하여 잠시 눈을 다른 곳으로 돌려보자. 일부문헌에서는 하이퍼링크(Hyperlink)에 대하여 독일온라인서비스법 제5조 제2항을 유추 적용하여야 한다고 주장하기도 한다. 웹사이트에 하이퍼링크를 설정하는 경우에도 해당 웹사이트제공자의 컴퓨터에는 타인의 내용물 자체가 저장되는 것은 아니다. 이는 마치 P2P시스템의 경우 그 서버에 타인의 내용물 자체가 저장되지 않고 그 이름만이 저장되는 것과 매우 유사하며, 따라서 이에 대해서도 독일온라인서비스법 제5조 제2항을 유추 적용할 수 있다는 주장이다. 이 견해에 따르면, 타인의 내용물을 자신의 서버에 저장하여 제3자에게 이용가능하도록 하는 자의 책임을 면책 또는 경감시키려는 것이 독일온라인서비스법 제5조 제2항의 규범취지라면, 동 규정은 당연히 타인의 내용물을 단순히 지시(하이퍼링크의 설정)하는 경우에도 적용되어야 한다는 것이다.⁶⁸⁾

그러나 위의 견해에는 찬성할 수 없다. 독일온라인서비스법 제5조 제2항을 하이퍼링크나 파일공유시스템에 적용하려는 것은 적절하지 못하다. 어떤 타인의 내용물을 단지 지시하기만 하는 자는 지시 이외의 어떠한 행위도 하지 않는다. 그 내용물 자체를 저장하는 자와 비교한다면, 그의 행위는 사소한 것에 불과하다. 파일공유서비스 및 하이퍼링크를 타인의 내용물을 이용가능하게 하는 행위와 동등하게 취급하는 것은 옳지 못하다. 타인의 내용물에 대한 링크를 설정하는 자나 파일공유서비스를 제공하는 자는 그 타인의 내용물이 인터넷상에 계속하여 존속하는지 또는 존속하여야 하는지에 대하여 아무런 영향을 미칠 수 없다.⁶⁹⁾ 양자는 모두 정보제공자

frechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf mißbilligte Inhalte, MMR 1999, 704, 707.

68) *Waldenberger*, Teledienste, Mediendienste und die "Verantwortlichkeit" ihrer Anbieter, MMR 1998, 124, 128f.; *Waldenberger*, Der juristische Dauerbrenner: Haftung für Hyperlinks im Internet?-ein Fall des LG Hamburgs, AfP 1998, 373, 374; *Altenhain*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte-Auslegung und Kritik des §5 Teledienstgesetz, AfP 1998, 457, 464.

69) 하이퍼링크에 대하여 이와 같은 견해로는 *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 202 참조.

와 수령자 사이의 통신을 직접 저지할 수 있는 위치에 있지 못하다. 그들은 타인의 내용물에 대한 지시(링크, 내용물의 이름표시)를 제거함으로써 그 통신을 단지 어렵게 할 수 있을 뿐이다. 타인의 내용물은 그로 인하여 아무런 영향을 받지 않고, 제3자에 의하여 계속하여 이용될 수 있다. 독일 온라인서비스법 제5조 제2항은 원칙적으로 가입자들에게 웹사이트를 위한 파일들의 저장공간을 제공하고 유지해주는 서비스, 즉 호스팅(hosting) 서비스를 제공하는 자에 대하여 적용될 것을 예정한 규정이다. 그러나 호스팅과 파일공유서비스 또는 하이퍼링크는 분명히 구분되어야 하며, 후자에 대해서는 동 규정이 적용될 수 없다고 본다.⁷⁰⁾

3) TDG 제5조 제3항(접속수단의 제공)

마지막으로 남은 것이 독일온라인서비스법 제5조 제3항이다. 동 규정에 따르면 온라인서비스제공자가 단지 온라인서비스이용에 대한 접속수단만을 제공하는 경우에는 면책된다고 규정하고 있다. 이 규정은 온라인서비스 제공자의 행위가 단지 정보전달에 그치는 경우에는 그가 나날이 증가하는 정보의 양에 비추어 각각의 내용물을 통제하는 것이 기술적으로 불가능하다는 점을 고려한 것이다. 소위 액세스 프로바이더(access provider)로서 정보를 전달하거나 권리침해에 대하여 아주 사소한 기여만을 한 자를 면책시키려는 것이다.⁷¹⁾ 넷스터는 자신의 네트워크에 대한 접속수단을 제공한다는 점에서 동 규정의 적용범위에 해당한다고 볼 수 있다. 검색엔진으로서 기능하는 경우에도 타인의 내용물에 대한 접속수단을 제공한다는 점에서 동 규정이 적용된다고 보아야 할 것이다.⁷²⁾

70) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 677; *Pelz*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530, 533; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.141.

71) *Eichler*, K&R 1998, 412, 413; *Satzger*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet vor dem Hintergrund der neuen E-Commerce-Richtlinie der EG, CR 2001, 109, 116.

72) LG Frankenthal MMR 2001, 401, 405f.; *Koch*, Zivilrechtliche Anbie-

여기서 다시 잠시 하이퍼링크와 독일온라인서비스법 제5조 제3항에 대한 논의를 살펴보자. 일부분헌의 견해에 따르면 웹페이지의 현저한 곳에 하이퍼링크를 설정하는 자는 과실 또는 고의로 타인의 권리를 침해한 것으로 볼 수 있다고 한다. 이러한 행위는 사회적으로 허용될 수 없으며, 그 행위자도 보호할 필요가 없다는 것이다.⁷³⁾ 냅스터와 같은 파일공유시스템의 경우에도 이와 유사한 주장을 할 수도 있을 것이다. 즉 냅스터서비스제공자는 대부분의 경우 저작권법에 의하여 보호받는 저작물이 각 이용자들 간에 교환되고 있다는 사실을 알고 있다. 그가 직접적으로 저작권을 침해하는 것은 아니라 하더라도 그는 저작권침해가 체계적으로 발생할 수 있는 수단을 제공하고 있다는 점을 부인할 수 없다.

일반적으로 본다면 이 견해는 수긍이 된다. 그러나 이 견해는 독일온라인서비스법 제5조의 규정체계를 오인하고 있다. 어떤 자가 의식적으로 제3자의 권리침해에 기여한 경우에는 항상 동법 제5조의 면책규정의 적용이

terhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 200; Waldenberger, Teledienste, Mediendienste und die "Verantwortlichkeit" ihrer Anbieter, MMR 1998, 124, 128; Waldenberger, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296, 302; Vassilaki, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des §5 TDG im Strafrechtssystem, MMR 1998, 630, 636; Spindler, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193, 3198; Kreuzer, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda(II), GRUR 2001, 307, 309. 반대: Marwitz, Haftung für Hyperlinks, K&R 1998, 369, 374; Bettinger/Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links. Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545, 549, 주 23); Freytag, Haftung im Netz, S.235; von Lackum, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999, 697, 700; Manz, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.150.

73) Bettinger/Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links. Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545, 549; Freytag, Haftung im Netz, S.165; Manz, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.150.

배제되는 것은 아니다. 동법 제5조 제3항에 따르면 접속수단제공자는 그가 내용물을 알고 있거나 과실로 이를 알지 못하는 경우에도 면책이 된다. 독일온라인서비스법은 단지 온라인서비스제공의 기술적 특성의 차이에 의해서만 그 책임의 부담 또는 감경 내지 면책을 결정하고 있다. 해당 서비스제공자가 각각의 내용물에 대하여 갖고 있는 인식의 정도는 동법 제5조의 각 규정의 적용여부를 결정하는 과정에 큰 역할을 하지 않는다. 단순한 접속수단만을 제공하는 자가 그 내용물을 인식하였다고 하여 당연히 동법 제5조 제3항의 규정의 적용을 배제하고, 오히려 동조 제2항 또는 제1항을 적용할 수는 없는 것이다. 입법자는 고의 또는 과실이라는 주관적 요건을 배제하고 객관적이고 기술적인 요건만으로 각 규정을 적용하도록 의도하였던 것이다. 이는 설사없이 쏟아져 나오는 정보량을 고려하여 각각의 내용물을 인식하는 것이 불가능한 자(접속수단제공자)에게 각 내용물에 대한 조사의무를 부과할 수는 없다는 생각에서 마련된 규정이다. 그럼에도 불구하고 만일 과실이 있는 접속수단제공자에게 책임을 지우게 된다면, 이는 그에게 조사의무를 지우는 것이다. 그러나 입법자는 수많은 정보량을 고려하고 온라인서비스산업의 발전을 위하여 접속수단제공자를 바로 이러한 의무에서 면제시키려고 하였던 것이다.

요컨대 독일온라인서비스법 제5조의 각항의 규정들의 적용여부를 판단함에 있어서는 원칙적으로 그 서비스제공자의 의사나 의도는 아무런 역할을 하지 않는다.⁷⁴⁾ 입법자가 단지 기술적인 특성만에 의하여 각 규정들의 적용범위를 결정하였다는 것은 분명한 오류로 보아야 한다. 그러나 지금에

74) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 678; *Eichler*, K&R 1998, 412, 414; *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193, 3197f.; *Koch*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193, 200; *Sieber*, Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen. Zur Umsetzung von §5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet(I), CR 1997, 581, 583; *Altenhain*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte-Auslegung und Kritik des §5 Teledienstegesetz, AfP 1998, 457, 463; *Manz*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, S.148.

와서 각 온라인서비스의 기술적 특성의 차이를 배제한 채 다시 주관적인 요건을 중요한 기준으로 삼음으로써 현행법의 명시규정에 반하는 해석을 할 수는 없는 것이다.

4) TDG 제5조 제4항

이상 살펴본 바와 같이 현행 독일법하에서는 파일공유서비스를 제공하는 자에 대해서는 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구권은 불가능하다고 보아야 할 것이다. 이러한 결론이 대부분 사람들의 생각으로는 바람직하지 않을 수도 있으나, 현행 독일법하에서는 어쩔 수 없는 결론이다. 한편 이러한 손해배상청구권과는 별도로, 독일온라인서비스법 제5조 제4항은 온라인서비스제공자는 일반법원칙에 따라서 타인의 권리를 침해하는 내용물의 이용을 금지하여야 할 의무를 부담한다고 규정하고 있다. 다만 이 경우에도 그 요건으로서 온라인서비스제공자가 그 내용물을 알았고 이를 차단하는 것이 기술적으로 가능하고 기대가능한 것이어야 한다. 저작물의 경우 서비스제공자는 타인의 저작권을 직접 또는 간접적으로 침해하고 있는 것이며, 그는 독일저작권법 제97조 제1항 제1문에 따라서 피해자의 방해 제거 및 침해금지청구권에 따라야 한다. 따라서 파일공유서비스제공자가 제3자로부터 타인의 권리를 침해하는 저작물이 교환되고 있다는 사실을 통지받은 경우에는 더 이상의 저작권침해가 발생하지 않도록 하기 위하여 해당 이용자가 파일공유서비스를 이용하지 못하도록 하여야 한다.

5) 소 결

파일공유서비스는 독일온라인서비스법 제5조 각항의 규정이 예상하였던 기술적 특징을 갖고 있지 않은 전혀 새로운 것이다. 따라서 문헌에서는 이러한 유형의 서비스제공자의 책임에 대하여 제1항부터 제3항에 이르기까지 거의 모든 규정의 적용가능성을 제시하고 있다. 그러나 입법자의 의도를 고려하고 동법 제5조 각항의 규정을 상세하게 분석하여 본다면, 처음부터 저작권침해를 회피하려는 목적으로 고안된 냅스터와 같은 온라인서비스는 단지 접속수단을 제공하는 것으로밖에 분류할 수 없다. 결국 냅스터 서비스제공자는 독일온라인서비스법 제5조 제3항에 따라서 손해배상책임

으로부터 면책된다고 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 결과는 동법이 단지 각 온라인서비스의 기술적인 특성만을 고려하여 책임의 요건을 정하고 있는 점으로부터 기인한다. 그러나 인터넷이용의 현실에서는 항상 새로운 서비스방법이 고안되고 있다. 법률이 단지 기술적인 특성에 의해서만 서비스제공자의 책임요건을 정하고 있다면, 이는 장래의 온라인서비스 및 그 기술의 발전현실을 충분히 반영할 수 없게 될 것이다. 하이퍼링크와 같은 이용방법은 이미 보편화된 것이며, 독일온라인서비스법은 전술한 바와 같이 하이퍼링크에 대해서도 명백한 해결책을 제시하지 못하고 있다. 하물며 넷스터와 같은 비교적 새로운 유형의 온라인서비스에 대해서는 거의 속수무책인 것으로 보인다. 일부분헌에서는 저작권범영역에 대하여 독일온라인서비스법의 적용을 배제하려고 하고 있는데, 위와 같은 상황에서 이러한 태도도 이해는 간다. 그러나 전술한 바와 같이 저작권침해와 기타의 불법행위를 구분하여 후자에 대해서만 동법을 적용하려는 견해에 대해서는 찬성할 수 없다.

3. EU전자상거래지침과 독일전자상거래법에 따른 책임

(1) 일반론

유럽연합의 차원에서 인터넷서비스제공자의 책임문제에 대하여 몇 해 전부터 관심을 가졌고 지난 2000년 6월 8일에는 전자상거래지침⁷⁶⁾을 제정하였다. 동 지침 제12조부터 제15조는 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. 지침의 규정체계는 미국의 1998년 DMCA의 그것을 따르고 있다. 일부분헌에서는 지침의 규정방법에 대해서, 이는 서투르고 지나치게 상세하게 규정한 것이며,⁷⁷⁾ 유럽에 미국의 입법기술을

75) *Kreutzer, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda(II)*, GRUR 2001, 307, 312는 이러한 결과에 만족하는 것으로 보인다.

76) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.07.2000, p.1.

77) *Tettenborn, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, K&R 1999, 252, 258.

도입하는 것은 비참한 일이며,⁷⁸⁾ 언어표현도 비굴하다고⁷⁹⁾ 비난하고 있다. 독일의 온라인서비스법도 그러했지만, 전자상거래지침은 각각의 온라인서비스제공자의 책임의 감경 내지 면책에 대한 기준을 더욱 더 노골적으로 기술적인 특성을 고려하여 정하고 있다. 지침규정의 표현은 융통성이 없고 앞으로 새로운 기술발전을 포섭하기가 어려울 것이라는 점은 분명 비판받아야 할 것이다.

독일은 이미 전자상거래지침을 국내입법하기 위한 절차를 진행하였으며, 그 결과로서 나온 것이 2001년 12월 14일 제정된(2001년 12월 21일부터 시행) 전자상거래법⁸⁰⁾이다. 동법은 온라인서비스법(TDG), 민사소송법 및 온라인개인정보보호법(Gesetz über den Datenschutz bei Tele-diensten(TDDSG))의 개정을 포함하고 있다. 따라서 전자상거래법의 시행과 더불어 전술한 온라인서비스법의 책임규정에 대해서도 개정이 이루어 졌다. 독일온라인서비스법 제5조는 전술한 형태로는 더 이상 존재하지 않는다. 현재 우리의 저작권법개정안이 과거 독일의 TDG를 많이 본떴다는 점을 고려하면, 이러한 독일과 유럽연합에서의 법발전의 추이를 주시할 필요가 있다. 독일전자상거래법은 전자상거래지침의 규정을 매우 충실하게 따르고 있다. 동법의 입법이유서⁸¹⁾에 따르면, 개정온라인서비스법 제8조부터 제11조까지는 전자상거래지침의 규정(제12조-제15조)을 그대로 수용한 것으로 지침의 내용에 무엇을 부가하거나 그 내용을 축소하려는

78) *Waldenberger*, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296, 302.

79) *Waldenberger*, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296, 302.

80) Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr(Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz(EGG)) vom 14. Dezember 2001, BGBl. I 2001, 3721. <<http://217.160.60.235/BGBl/bgb11f/b101070f.pdf>> 및 <<http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/EGG-Entwurf.pdf>> (2001년 12월 18일 방문). 이 법에 대해서는 *Bröhl*, EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Erläuterungen zum Referentenentwurf, MMR 2001, 67; *Tettenborn*, E-Commerce-Richtlinie -erste Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, K&R 2000, 386 및 *Härting*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 271을 참조.

81) <<http://www.bmj.bund.de/>>에서 구할 수 있다.

의도는 없었다고 입법자는 밝히고 있다.⁸²⁾ 그러나 불행하게도 그로 인하여 전자상거래지침의 결합이 독일법에도 그대로 드러나게 되었다. 과거의 온라인서비스법에 비하여 개정온라인서비스법은 보다 많은 문제점을 내포하고 있다고 볼 수도 있을 것이다.

전자상거래지침 제12조 이하의 규정은 인터넷서비스제공자의 저작권침해책임에 대해서도 적용된다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 독일온라인서비스법에 대하여 전술한 바와 같이, 이러한 내용의 전자상거래지침은 TRIPS협정에 위반하는 것으로 본다 하더라도,⁸³⁾ 지침이 저작권법의 영역에도 적용되어야 한다는 사실에는 변함이 없다. 독일온라인서비스법에 대해서와 마찬가지로 전자상거래지침을 저작권법 이외의 영역에 대해서만 적용하여야 한다는 주장은 이제 더 이상 찬성할 수 없다.⁸⁴⁾ 다만 전자상거래지침 제3조 제3항 및 부록은 저작권법에 대해서는 지침 제3조 제1항과 제2항에 규정된 본국주의(Herkunftslandprinzip)가 적용되지 않음을 명시하고 있다. 이 규정을 반대해석하면 전자상거래지침의 그 외의 규정들은 저작권법의 영역에 대해서도 적용되어야 한다는 결론이 나온다. 이는 독일 개정온라인서비스법의 경우에도 마찬가지이다. 동법 제4조 제4항 제6호는 저작권법에 대해서는 동조 제1항 및 제2항의 본국주의가 적용되지 않는다고 규정하고 있는데, 이를 반대해석하면 개정온라인서비스법의 그 밖의 규정은 저작권법의 영역에 대해서도 적용되어야 한다는 것이다.

82) 독일전자상거래법안의 입법이유서 48쪽 참조.

83) *Lehmann*, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz-Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, ZUM 1999, 180, 184; *Lehmann*, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517, 520; *Lehmann*, in: Tagungsbericht von Nack, GRUR Int. 2000, 893, 896; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.142; *Schmittman/Busemann*, Die Zukunft des E-commerce in Europa. Anmerkungen zum Richtlinienentwurf der EU-Kommission, AfP 1999, 239, 242. 반대: *Spindler*, MMR 1999, 199, 205; *Spindler*, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 7/2000, 4, 21; *Hoeren*, in: Tagungsbericht von Nack, GRUR Int. 2000, 893, 896.

84) *Lehmann*, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517, 520.

(2) 비영리목적의 서비스제공자의 면책

전자상거래지침은 온라인서비스와 매체서비스를 명시적으로 구분하고 있지는 않다.⁸⁵⁾ 지침은 단지 정보사회서비스(information society services)라고 일반적으로 표현하고 있다. 그러나 지침은 그 적용범위를 보통 유상으로, 즉 영리목적으로 제공되는 서비스(any service normally provided for remuneration)에 명시적으로 국한하고 있다(동 지침 제 2조 (a)⁸⁶⁾). 유럽연합이 개업의 자유(Niederlassungsfreiheit)에 대하여 입법권한이 있다는 점을 고려하면, 지침의 적용범위를 이와 같이 영리목적의 온라인서비스에 대해서만 국한하는 것이 필요하였을 것이다.⁸⁷⁾ 지

85) *Tettenborn*, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, 252, 254.

86) 동 규정은 다시 지침 98/34/EC(OJ L 204, 21.7.1998, p.37)(지침 98/48/EC(OJ L 217, 5.8.1998, p.18)에 의하여 개정됨) 제1조 제2항의 개념정의를 그대로 사용하고 있다. 이해를 돕기 위하여 그 개념정의를 보자:

‘service’, any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

For the purposes of this definition:

- ‘at a distance’ means that the service is provided without the parties being simultaneously present,
- ‘by electronic’ means means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,
- ‘at the individual request of a recipient of services’ means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

An indicative list of services not covered by this definition is set out in Annex V.

This Directive shall not apply to:

- radio broadcasting services,
- television broadcasting services covered by point (a) of Article 1 of Directive 89/552/EEC.

87) *Tettenborn*, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, 252, 255; *Maennel*, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen-der Richtlinien-vorschlag der Europäischen

침의 이러한 명시적 표현을 고려한다면, 비영리목적의 온라인서비스제공자에 대해서도 그 책임의 감경 내지 면책규정을 적용하여야 할 것인지는 아직 확실하지 않다. 영리목적의 서비스제공자도 면책되는데, 하물며 비영리목적의 서비스제공자가 면책되지 않는다는 것은 얼핏 수긍이 가지 않는다.

온라인서비스제공자의 개념정의와 관련하여, 독일의 개정온라인서비스법은 제3조 제1호에서 구온라인서비스법 제3조 제1호의 개념정의를 거의 그대로 수용하고 있다. 동 규정에 따르면, 온라인서비스제공자란 자신 또는 타인의 온라인서비스를 이용할 수 있도록 제공하거나 그 이용에 대한 접속수단을 제공하는 모든 자연인 또는 법인을 말한다. 따라서 동 개정법 제 8조 이하의 책임규정은 비영리목적의 온라인서비스제공자에 대해서도 적용되게 된다. 이는 유럽연합의 전자상거래지침이 적어도 명시적으로는 영리목적의 온라인서비스제공자에 대해서만 적용되도록 규정하고 있는 것과 대조된다. 그러나 독일의 온라인서비스법이 비영리목적의 서비스제공자에 대해서도 면책규정을 적용하도록 하고 있는 태도는 바람직하다고 보아야 한다. 영리목적의 서비스제공자에 비하여 비영리목적의 서비스제공자를 법적으로 불리하게 차별하는 것은 정당화되지 않을 것이다.⁸⁸⁾

(3) 전자상거래지침과 독일 개정TDG에 의한 P2P서비스제공자의 책임제한

구독일온라인서비스법과 관련하여 전술한 바와 같이, 전자상거래지침과 개정온라인서비스법에 있어서도 그 법적 분류가 애매 모호한 온라인서비스의 경우에는 법의 흠결이 존재하게 된다. 냅스터와 같은 파일공유서비스는

Kommission, MMR 1999, 187, 188; *Spindler*, Der neue Vorschlag zu E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 775, 776; *Landfermann*, Der Richtlinienentwurf "Elektronischer Geschäftsverkehr"? Ziele und Probleme, ZUM 1999, 795, 797; *Satzger*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet vor dem Hintergrund der neuen E-Commerce-Richtlinie der EG, CR 2001, 109, 112.

88) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 679.

전자상거래지침 제12조 이하와 개정온라인서비스법 제8조 이하의 어느 규정에도 꼭 들어맞는 형태의 서비스는 아니기 때문에, 그 해석에 있어서 적지 않은 문제점을 야기하고 있다.

가) 전자상거래지침 제14조 제1항 및 개정온라인서비스법 제11조 제1문은 소위 ‘호스팅’(hosting)서비스를 제공하는 자의 책임을 일정한 요건 하에 면제하고 있다. 그러나 P2P서비스는 타인의 정보를 자신의 서버에 저장하는 호스팅서비스라고 볼 수 없으며, 따라서 위의 면책규정은 적용되지 않는다. 위의 규정들은 ‘이용자의 요청에 의하여 저장된 정보’(the information stored at the request of a recipient of the service)에 대해서 온라인서비스제공자의 책임을 면제하고 있다. 냅스터의 경우에는 이용자의 요청에 의하기는 하지만, 중앙서버에 저장되는 것은 검색요청자, 전송자 및 실연자의 이름과 음악저작물의 제목만에 불과하다. 불법복제물의 전송은 각 냅스터이용자 사이에서 직접 이루어진다. 파일공유시스템의 서버에서는 직접적인 저작물이용행위가 일어나는 것은 아니며, 따라서 책임의 감경이나 면책을 논할 필요가 없다. 요컨대 P2P서비스는 호스팅서비스는 아니며, 따라서 전자상거래지침 제14조 제1항 및 개정온라인서비스법 제11조 제1문은 이러한 유형의 서비스에는 적용되지 않는다.

나) 전자상거래지침 제13조와 개정온라인서비스법 제10조는 온라인서비스제공자는 소위 ‘캐싱’(caching)에 대하여 책임이 없음을 규정하고 있다. 여기서 캐싱이란 인터넷이용자들이 요청한 웹페이지나 기타 파일들을 저장하고 있다가 이들 페이지나 파일들에 대하여 인터넷이용자들이 요구하는 경우 그때 그때마다 인터넷상의 원래의 주소지로부터 정보를 찾아오는 대신에 캐시로부터 해당 정보를 가져옴으로써 전체적으로 정보를 찾는 시간을 줄이고 네트워크에 부담을 획기적으로 줄여주는 것을 말한다.⁸⁹⁾ 그러나 이 규정들도 P2P서비스에 대해서는 적용하기가 적절하지 못하다. 왜냐하면 P2P서비스의 경우 서버에는 어떠한 불법저작물도 항구적이든 일시적이든 저장되지 않기 때문이다. P2P서비스의 경우에는 저작물이용행위가 서비스제공장소에서 이루어지는 것이 아니라 직접 정보제공자와 수신자 사이에서 이루어진다는 것이 그 특징이다. 그러나 전자상거래지침 제

89) 가나다식 온라인 컴퓨터 용어사전-팁즈 <<http://www.terms.co.kr/>>.

13조의 ‘캐싱’이란 정보의 일시적인 저장을 그 특징으로 하며, 따라서 기능상 파일공유서비스와 근본적으로 차이를 나타낸다. 요컨대 전자상거래 지침 제13조는 P2P서비스에 대하여 적용될 수 없다.

다) 한편 전자상거래지침 제12조와 개정온라인서비스법 제9조는 정보를 단지 매개 내지 전달(mere conduit)하는 서비스를 제공하는 자의 책임을 일정한 요건하에 면제하고 있다. 즉 서비스의 내용이 정보를 전달하는 하나의 導管(conduit)에 불과한 경우에 면책하고 있다. 그러면 P2P 서비스가 위의 규정들의 적용범위에 속하는 것인가? 기술적인 측면에서 본다면, P2P서비스는 바로 이 규정들의 구성요건을 갖추고 있다고 보아야 할 것이다. 전술한 바와 같이 P2P서비스는 예컨대 냅스터이용자들간 P2P 네트워크라고 하는 하나의 통신네트워크에 대한 접속수단을 제공하는 것이다. P2P서비스는 그에 접속(logon)한 이용자들을 서로 연결시켜주며, 그 이용자들은 해당 서비스를 통하여 여러 가지 정보를 서로 교환하게 된다. 따라서 냅스터와 같은 서비스제공자는 하나의 네트워크에 대한 접속수단을 제공 내지 매개하는 자로 보아야 할 것이다.

그러나 전술한 바와 같이 단순 매개자의 책임을 면제하기 위해서는 일정한 요건을 충족하여야 한다. 즉 인터넷서비스제공자가 정보의 전송을 야기하지 않아야 하고, 그가 전송되는 정보의 수신자를 선택하지 않아야 하고 마지막으로 그가 전송될 정보를 선택하거나 변경하지 말아야 한다. 만일 이러한 요건이 충족되지 않을 경우에는 면책규정은 적용되지 않는다.

이제 냅스터와 같은 P2P서비스가 그 요건을 충족하는지 검토하여 보자. 우선 파일공유서비스제공자 자신이 전송을 하는 것은 아니고, 전송은 이용자의 요청에 의하여 이루어진다. 예컨대 어떤 특정가수의 노래를 찾는 자가 전송을 야기하는 것이다. 냅스터서버는 단지 검색요청한 노래가 어떤 이용자의 컴퓨터에 존재하는가만을 알려줄 뿐이다. 냅스터서비스제공자는 해당 정보를 선택하는 것도 아니다. 냅스터서비스제공자는 단지 어떤 이용자가 제3자로 하여금 원하는 노래를 내려받기할 수 있도록 해당 음악파일을 제공하고 있는가를 알려 줄 뿐이다. 즉 잠재적인 정보의 전송자만을 알려 주고 있는 것이다. 그러나 전자상거래지침 제12조 규정의 적용여부의 판단에 있어서는 정보의 전송자는 중요하지 않고, 정보의 수신자를 서비스

제공자가 선택하였는가만이 중요하다. 정보의 수신자는 검색요청자이며, 그 자가 바로 그 정보의 이용(내려받기)을 야기한 것이 된다. 검색요청자는 검색창에 원하는 단어를 기입함으로써 전송될 정보를 스스로 선택한다. 검색한 여러 정보들 중에서 구체적으로 어떠한 것이 전송되어야 할 것인가에 대해서도 P2P서비스제공자는 어떠한 영향을 미치지 않는다. 어떤 노래(MP3파일)가 검색요청자의 컴퓨터에 내려받기되어야 할 것인지는 검색요청자 자신이 결정한다. 그렇다고 P2P서비스제공자가 전송되는 정보를 변경하는 것도 아니다. 왜냐하면 MP3파일은 직접 넵스터이용자들, 즉 검색요청자(수신자)와 전송자 사이에서 전송되기 때문이다. 요컨대 넵스터와 같은 P2P서비스제공자는 전자상거래지침 제12조 제1항 및 독일개정온라인서비스법 제9조에 따라서 책임이 면제된다.⁹⁰⁾ 이러한 결과가 전술한 바와 같이 일반인들의 법감정으로는 받아들이기 힘들겠지만, 해석상으로는 어쩔 수 없다.

이러한 결과가 유럽연합 및 독일의 입법자의 의도에 반드시 어긋나는 것인가는 아직 확실하게 답변할 수 없다. 전자상거래지침의 지침이유 제42번에 따르면, 온라인서비스제공자가 동 지침에 의하여 면책되기 위해서는 그의 행위가 단지 기술적이고 수동적이어야 하고 그 행위가 자동적으로 이루어지는 것이어야 한다. 혹자는 넵스터와 같은 파일공유서비스는 정보의 導管으로서의 기능도 하지 않으며, 따라서 전자상거래지침 제12조 및 독일 개정온라인서비스법 제9조는 이 경우 적용되지 않는다고 주장할 수도 있다. 왜냐하면 정보의 전송은 중앙서버를 직접 통과하여 이루어지는 것이 아니며, 따라서 정보 자체가 전달되는 것은 아니기 때문이다. 그러나 이러한 견해에서는 간과하고 있는 것이 있다. 즉 전자상거래지침 제12조 제1항은 네트워크에 대한 접속가능성(access to a communication network)을 제공하는 경우에도 동 규정이 적용됨을 명시하고 있으며, 넵스터와 같은 P2P의 경우에도 이러한 구성요건은 충족되기 때문이다. 비록 전자상거래지침 제12조와 독일 개정온라인서비스법 제9조의 제목이 정

90) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 680.

보의 ‘단순한 전달’(mere conduit; Durchleitung von Informationen)이라고 되어 있어 오해를 불러일으킬 수도 있으나, 위 규정들은 정보의 단순한 전달의 경우뿐만 아니라 네트워크에의 접속수단제공의 경우에도 적용됨을 주의하여야 한다. 게다가 네트워크에 대한 접속가능성을 제공하는 자는 정보를 전달하는 자보다 해당 정보에 대하여 거의 아무런 행위를 하지 않는다. 즉 후자는 기술적이고 수동적이거나 정보 자체를 전달하는 과정에 참여하는 자이며, 따라서 후자가 면책되는데 하물며 전자가 면책되지 않는다는 것은 형평에 어긋난다.⁹¹⁾

(4) 소 결

냅스터와 같은 P2P서비스가 원래부터 저작권을 침해하기 위한 목적으로 개발되었다고는 단정할 수 없다. 그러나 적어도 저작권을 침해할 가능성이 매우 큰 P2P서비스의 운영자를 저작권침해의 책임으로부터 면제시키는 것은 언뜻 수긍하기 어려울 것이다. 일부분헌에서는 온라인서비스제공자의 책임에 관한 규정이 만족할 만한 것이라고 보고 있으나,⁹²⁾ 불법 저작물의 유통에 사용될 가능성이 다분히 있는 P2P서비스의 운영자에 대하여 단지 그 기술적 특성이 법률상의 면책구성요건을 충족시킨다고 하여 면책을 인정하는 것은 분명 불합리하다고 볼 수 있다. 이러한 결과가 발생하는 이유는 법률이 온라인서비스의 면책요건을 단지 기술적인 특성에 의해서만 판단하고 있기 때문이다. 호스트프로바이더(Host Provider)와 BBS(Bulletin Board System) 및 뉴스그룹(Newsgroups)의 운영자는 전자상거래지침 제14조의 적용을 받을 것이다. 캐시서버(Cache Server)의 운영자는 동 지침 제13조에 따라 면책될 것이다. 그밖에 전기통신 회사와 같이 정보를 단순히 전달하는 역할을 하는 자는 정보유통에 대하여

91) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 681.

92) *Holznagel/Holznagel*, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider. Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, K&R 1999, 103, 104; *Waldenberger*, Electronic Commerce: der Richtlinienentwurf der EG-Kommission, EuZW 1999, 296, 301 참조.

아무런 영향을 미치지 않는다는 근거로 동 지침 제12조에 따라 면책될 것이다.

그러나 이미 위의 면책규정들의 한계는 예견되었었다. 어떤 경우에는 각 면책규정의 구성요건을 충족하지 못하는 온라인서비스가 발생할 수 있고, 각각의 구성요건을 충족하기는 하지만 만일 면책되면 원래의 입법자의 의도에는 어긋나는 새로운 유형의 서비스가 등장할 수 있기 때문이었다. 예컨대 비교적 일찍이 알려진 하이퍼링크는 위의 면책규정들의 어느 곳으로 분류시키기가 곤란한 것이다.⁹³⁾ 일부문헌에서는 검색엔진의 경우는 전자상거래지침 제12조에 포함시킬 수 있다고 보는 것 같은데,⁹⁴⁾ 검색엔진을 전자상거래지침의 어느 규정에 포함시켜야 할 지는 사실 분명하지 않다.⁹⁵⁾

93) *Waldenberger*, Electronic Commerce: der Richtlinienentwurf der EG-Kommission, *EuZW* 1999, 296, 302; *Spindler*, Verantwortlichkeit von Dienstleistern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, *MMR* 1999, 199, 204; *Spindler*, Der neue Vorschlag zu E-Commerce-Richtlinie, *ZUM* 1999, 775, 794; *Spindler*, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, *MMR-Beilage* 7/2000, 4, 20; *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.141; *Freytag*, in: Tagungsbericht von Nack, *GRUR Int.* 2000, 893, 896; *Lütcke*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S.88; *Holznel/Holznel*, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider. Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, *K&R* 1999, 103, 106. 개정온라인서비스법에 대하여도 마찬가지로 *Bröhl*, EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Erläuterungen zum Referentenentwurf, *MMR* 2001, 67, 71; *Härting*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, *CR* 2001, 271, 275 참조.

94) 예컨대 *Burmeister*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, S.141.

95) *Holznel/Holznel*, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider. Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, *K&R* 1999, 103, 106; *Waldenberger*, Electronic Commerce: der Richtlinienentwurf der EG-Kommission, *EuZW* 1999, 296, 302; *Spindler*, Verantwortlichkeit von Dienstleistern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, *MMR* 1999, 199, 204; *Spindler*, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, *MMR-Beilage* 7/2000, 4, 20. 독일 개정온라인서비스법에 대해서는 *Härting*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, *CR* 2001, 271, 275.

전자상거래지침 제21조 제2항은 특히 하이퍼링크, 검색서비스 등의 제공자의 책임에 대하여 규율할 필요가 있는지 앞으로 연구하여야 한다고 규정함으로써, 현재의 면책규정이 이들에 대하여 충분히 검토하여 제정된 것은 아님을 간접적으로 밝히고 있다. 이러한 문제들에 대해서는 2003년에 유럽연합의 의회, 이사회 및 경제사회위원회에 보고서를 제출하도록 되어 있다.

현재 사용되는 인터넷기술에 대해서조차도 현행 전자상거래지침과 독일 개정온라인서비스법은 적절한 해결능력을 보여주고 있지 못하다.⁹⁶⁾ 앞으로 기술이 발전함에 따라 법의 흠결은 더욱 명백해지고 커질 것이다. 전술한 바와 같이 오로지 기술적 특성에 따라서만 책임의 정도를 정하는 입법 태도는 바람직하다고 볼 수 없으며, 더욱이 새로운 기술의 발전에 적절하게 대처할 수 없다고 본다. 유럽연합의 전자상거래지침의 시행일인 2000년 7월 17일(동 지침 제23조 참조)에 이미 P2P기술은 사용되고 있었으며, 그럼에도 불구하고 동 지침이 이러한 기술변화를 고려하지 못하였다는 점은 안타까운 일이다. 독일은 전자상거래법에 의하여 온라인서비스법을 개정하면서, 전자상거래지침의 흠결을 보완하지 않고 그 내용을 그대로 수용하고 있다는 점에서 마찬가지로 바람직한 입법태도를 보여주고 있다고 볼 수 없다.⁹⁷⁾

4. 미국 DMCA에 따른 P2P서비스의 평가

(1) 인터넷서비스제공자의 책임에 대한 미국판례

미국법원은 일찍이 1990년대초에 인터넷서비스제공자의 저작권침해에 대한 책임문제를 다루기 시작하였다. 1993년 플로리다주의 법원⁹⁸⁾은 BBS에 이용자가 사진저작물을 올려신기한 사건에서 BBS운영자에 대하여

96) *Härting*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 271, 276.

97) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 681.

98) *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F.Supp. 1552, 1556 (M.D.Fla. 1993).

공중재현권⁹⁹⁾ 및 배포권¹⁰⁰⁾을 직접 침해(direct infringement)하였다고 판시하였다. 뿐만 아니라 BBS운영자가 그 이용자로 하여금 BBS시스템에 타인의 저작물을 저장하도록 권유한 사건에서 캘리포니아주의 법원은 그 운영자는 그의 서버상의 불법복제에 대하여 직접 책임을 져야 한다고 판시하였다.¹⁰¹⁾ 법원 직접침해책임 이외에도 BBS운영자의 기여책임(contributory infringement)을 인정하였다. 미국판례에 따르면 기여책임을 인정하기 위해서는 그 자가 직접침해의 사실을 알고 있어야 하고 실제로 그 침해를 야기하거나 또는 침해행위에 도움을 주었어야 한다. BBS운영자가 BBS서비스를 제공하고 이용자로 하여금 저작권침해가 되는 것을 알면서도 그 행위를 하도록 권유하였기 때문에 법원은 BBS운영자에게 기여책임을 인정하였다.¹⁰²⁾

그밖에 인터넷서비스제공자의 책임에 대하여 중요한 판결로 Netcom사건이 있다. 이에 대해서는 이미 다른 곳¹⁰³⁾에서 설명하였으므로, 그곳을 참조하기 바란다.

(2) 미국 DMCA의 면책규정

이에 대해서는 [제3장 제3절]의 “온라인서비스제공자의 책임 일반론”부분¹⁰⁴⁾에서 이미 상술하였으므로 생략한다.

(3) P2P서비스와 DMCA에 관한 미국판례

지금까지 미국에서도 DMCA에 관한 판결은 그렇게 많지 않다. BBS시스템에 타인의 그림저작물들이 올라가 있는 한 사건에서 항소법원(Court

99) right to display the copyrighted work publicly(미국저작권법 제106조 (5)).

100) right to distribute copies [...] of the copyrighted work to the public (미국저작권법 제106조 (3)).

101) *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679, 683(N.D.Cal. 1994).

102) *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679, 686(N.D.Cal. 1994) 및 *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 948 F.Supp. 923, 933(N. D.Cal.1996) 참조.

103) Netcom사건에 대해서 자세한 것은 ?쪽 이하 참조.

104) ?쪽 이하.

of Appeals)은 BBS운영자에 대하여 미국저작권법 제512조 (c)의 적용 가능성을 원칙적으로 인정하였다.¹⁰⁵⁾ 그러나 법원은 실제 판결에서는 BBS운영자가 동 규정이 적용되기 위한 요건, 즉 통지 및 삭제절차(notice and take down procedure)를 지키지 않았기 때문에 면책되지 않는다고 판시하였다. 냅스터에 대한 법원의 판결로서는 우선 2000년 5월에 샌프란시스코의 연방지방법원(district court)의 패틀(Patel) 판사의 판결¹⁰⁶⁾을 들 수 있다. 동 사건에서 피고인 냅스터사는 자신은 접속수단을 제공하는 자이기 때문에 미국저작권법 제512조 (a)의 면책규정에 의하여 어떠한 책임도 부담하지 않는다고 항변하였다. 패틀판사는 냅스터사는 미국저작권법 제512조 (a)에서 말하는 단순한 접속수단을 제공하는 자가 아니라고 판시하였다. 그 입법자료¹⁰⁷⁾를 고려하여 보건대, 온라인서비스제공자가 단순히 정보에 대한 통로역할만 하는 경우에만 책임이 면제된다고 하였다. 그러나 냅스터서비스의 경우에는 중앙서버를 통하여 주소정보만이 전달될 뿐이고, 타인의 저작권을 침해하는 정보 자체가 전달되는 것은 아니라고 하였다.¹⁰⁸⁾ 따라서 냅스터사가 미국저작권법 제512조 (a)의 여러 구성요건들, 예컨대 정보의 전달(transmission), 라우팅(routing)¹⁰⁹⁾ 또는 접속수단의 제공(provision of connections)이라는 요건들 중에서 어떠한 것을 주장하더라도 결과는 마찬가지라고 하였다.¹¹⁰⁾ 요컨대 냅스터서버를 통해서 정보는 전달되지 않으며, 이는 위 규정의 구성요건을

105) *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 623(4th Cir. 2001).

106) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136 (N.D.Cal.2000).

107) H.R.Rep No. 105-551(II), 105th Cong., 2d Sess. (1998).

108) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136, 8(N.D.Cal. 2000).

109) 라우팅은 발신지에서 목적지까지 인터넷워크를 경유하여 정보(패킷)를 전송/중계하는 것을 말하며 라우팅을 수행하는 장비인 라우터(Router)를 보통 하나 이상 거쳐게 된다.

110) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136, 8(N.D.Cal. 2000): “Because Napster does not transmit, route, or provide connections through its system, it has failed to demonstrate that it qualifies for the 512(a) safe harbor”.

충족시키지 못하기 때문에 면책규정이 적용되지 않는다는 것이다. 이 사건에서는 냅스터서비스가 미국저작권법 제512조 (a)의 구성요건을 충족시켰다 하더라도 냅스터사는 면책될 수가 없었다. 왜냐하면 미국저작권법 제512조에 따라 온라인서비스제공자가 면책되기 위해서는 그가 저작권을 보호하기 위한 정책, 예컨대 서비스이용자가 상습적으로 저작권을 침해하는 경우에는 해당 서비스의 제공을 종결하고 각 서비스이용자에게 이러한 사실을 알리는 등의 정책을 수립하고 이를 준수하여야 하는데(동법 제512조 (i)(1)(A)), 냅스터사는 이 규정을 준수하지 않았기 때문이다.¹¹¹⁾

그러나 패들 판사의 주장에는 수공하기 어려운 점이 있다. 냅스터사가 면책규정의 적용을 받지 못한 것은 결국 그의 서비스는 저작물 자체를 전달하는 것이 아니라 이 보다 적은 행위(저작물의 위치정보의 제공)를 하였기 때문이라는 것이다. 그렇다면, 만일 냅스터사가 MP3파일의 위치정보를 알려주는 서비스 이외에 그 MP3파일 자체를 잠시라도 그의 서버에 저장하는 경우에는 오히려 미국저작권법 제512조 (a)의 면책규정의 적용을 받게 된다는 어처구니없는 결과가 나오게 된다. 이는 결국 동 규정은 온라인서비스제공자가 저작물을 자신의 서버에 저장함으로써 타인의 권리를 보다 강하게 침해하는 경우에는 면책되고, 반대로 해당 저작물 자체에 대해서는 아무런 행위도 하지 않는 경우에는 면책되지 않는다는 뜻이다. 일반적인 법감정에 비추어 본다면, 불법저작물을 전달하는 서비스보다 적은 서비스(위치정보의 제공)를 하는 자가 오히려 면책되어야 공평할 것이다.¹¹²⁾

이러한 오류는 나중에 항소법원에서도 시정되지 못하였다. 2001년 2월 12일의 판결에서 항소법원은 면책규정의 적용여부에 대해서는 판단하지 않고, 이를 본안에 대한 절차에서 논하여질 것이라고만 하였다. 다만 법원은 냅스터사가 기여책임(contributory infringement)과 대위책임(vicarious infringement)을 진다고 해서 미국저작권법 제512조의 면책규

111) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136, 8(N.D.Cal. 2000).

112) *Reber/Schorr*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672, 683.

정의 적용이 불가능하게 되는 것은 아님을 밝히고 있다.¹¹³⁾ 그러나 냅스터사가 면책규정을 적용받을 가능성은 많지 않아 보인다. 항소법원의 판결에서는 미국저작권법 제512조 (a)의 적용가능성보다는 동법 제512조 (d)의 적용가능성에 대해서 많은 논의를 하였다. 미국저작권법 제512조 (d)는 바로 정보검색도구(information location tools)에 관한 규정이다. 이미 전술한 연방지방법원의 판결에서도 냅스터서비스는 검색엔진에 해당할 수 있다는 언급을 하고 있었다.¹¹⁴⁾ 물론 미국저작권법 제512조 (a)의 구성요건을 충족한다고 해서 그것이 반드시 다른 규정, 즉 동법 제512조 (d)의 구성요건을 충족하지 않는다는 의미는 아니다. 즉 동법 제512조의 각 규정들의 구성요건은 서로 배척하는 관계에 있는 것이 아니다. 동일한 온라인서비스에 대하여 여러 규정들이 중첩적으로 적용될 수도 있다. 이에 대해서는 동법 제512조 (n)에 명시되어 있다. 그러나 사건의 전과정을 걸쳐서 냅스터사가 과연 동법 제512조 (d)의 면책규정을 원용할 수 있는가에 대해서는 판단이 없었다. 항소법원은 오히려 냅스터사를 인터넷서비스 제공자로 볼 수 없다는 원고의 주장을 받아들였을 뿐이고,¹¹⁵⁾ 동법 제512조의 면책규정 자체의 내용에 대해서는 자세한 언급을 하지 않고 있다.

(4) P2P서비스와 검색엔진

독일 온라인서비스법과 관련하여 전술한 바와 같이,¹¹⁶⁾ 파일공유서비스는 하이퍼링크와 마찬가지로 검색엔진에 유사한 것으로 볼 수 있으며, 따라서 이는 미국저작권법 제512조 (d)의 정보검색도구로 볼 여지가 많다.

113) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2001 WL 115033, 19(9th Cir. 2000): “We do not agree that Napster’s potential liability for contributory and vicarious infringement renders the Digital Millennium Copyright Act inapplicable per se. We instead recognize that this issue will be more fully developed at trial”.

114) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136, 5(N.D.Cal. 2000).

115) *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2001 WL 115033, 20 (9th Cir. 2000).

116) 이에 대해서는 [제3장 제4절 2 (4) 2] (?쪽 이하) 참조.

5. 한국법상의 책임

냅스터사와 같은 P2P서비스제공자는 서버를 통하여 그 가입자들에게 특정 음악저작물을 검색하고 내려받기할 수 있도록 하는 서비스를 제공하고 있다. 이러한 P2P서비스를 통하여 교환되는 음악저작물의 많은 부분이 저작권자의 동의를 얻지 않은 것이며, 이러한 사실을 알고도 계속 서비스를 제공하는 P2P서비스제공자는 저작권침해에 대하여 적어도 간접적으로 참여하였다고 볼 수 있다. 따라서 만일 냅스터사가 한국에서 제소되었다면 민법 제760조 제3항의 일반원칙에 따라서 공동불법행위자(방조자)로서의 책임을 물을 수 있을 것이다.

물론 냅스터사는 그 서비스로 인하여 불법저작물이 교환되는 것을 알지 못하는 경우도 있을 수 있고, 저작권침해의 가능성이 있다는 점 때문에 이러한 서비스를 모두 불법으로 단정할 수는 없다. 온라인서비스사업자의 책임을 너무 엄격하게 묻게 되면, 그 산업 자체가 위축될 우려가 있고, 이는 결국 일반공중의 이익에 저해되는 것이다. 이와 관련하여 현재 저작권법개정안은 저작물의 온라인유통에 따른 온라인서비스제공자의 면책요건을 규정하고 있는데, 잠시 그 내용을 살펴보자.

동 개정안 제2조 제22호에 따르면, 온라인서비스제공자란 “다른 사람들이 著作物이나 實演·音盤·放送 또는 데이터베이스를 無線이나 有線通信을 통하여 複製 또는 傳送할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다”. 전술한 바와 같이,¹¹⁷⁾ 따라서 냅스터사도 개정안의 온라인서비스제공자에 포함된다고 보아야 한다. 동 개정안 제77조에 따르면, 이러한 온라인서비스제공자가 저작권 그 밖의 저작권법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대하여 그 책임이 면제 또는 감경되기 위해서는 첫째, 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우(동조 제1항), 둘째, 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리

117) 이에 대해서는 [제3장 제4절 2 (3) 1] (?쪽) 참조.

가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우(동조 제2항), 셋째, 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 시간적·재정적인 이유 등으로 보아 통상적·합리적으로 이를 기대하기 어려운 경우(동조 제3항) 중 어느 하나에 해당하여야 한다.

냅스터사가 서비스를 중단하는 것이 기술적으로 불가능하거나 현저한 시간적 또는 재정적 부담으로 사실상 기대할 수 없다고는 볼 수 없다. 뿐만 아니라 냅스터사는 교환되는 음악파일의 대부분이 저작권을 침해한다는 사실을 알고 있다고 보아야 한다. 따라서 저작권법개정안에 따르더라도 냅스터사는 저작권침해의 책임을 면할 수 없다. 현재 국내에도 냅스터에 유사한 ‘소리바다’라는 서비스가 제공되고 있고 이에 대해서는 소송이 진행되고 있는데, 이에 대해서도 동일한 논리를 적용할 수 있다고 본다.

6. 소 결

온라인서비스제공자의 책임을 어느 정도까지 물을 것인가는 법논리의 문제라기보다는 법정책인 문제로, 각국의 상황에 따라 차이가 있을 수 있다. 현재 저작권법개정안 및 미국의 DMCA와는 달리, 독일의 온라인서비스법(TDG)은 P2P서비스에 대한 접근수단만을 제공하는 자의 손해배상책임을 부인하고 있는데, 이는 반드시 바람직한 입법태도라고 단정할 수 없다. 접근수단을 제공하여 저작권자에게 막대한 경제적 손실을 가져오고, 저작권자는 달리 그 손실을 보상받을 수 있는 가능성이 없는 경우에는, 일정한 범위내에서 접근수단제공자에게 손해배상의 책임을 물을 수 있도록 하는 것도 생각해볼 만한 일이다. 저작권법개정안은 온라인서비스제공자의 책임을 일정한 범위에서 면책시키고 그렇게 함으로써 온라인서비스산업의 발전을 도모하는 것이 목적이라고 알고 있다. 냅스터와 같은 경우, 그 사업자에게 손해배상책임을 인정할 것인지, 침해금지만을 인정할 것인지 아니면 모든 책임을 면책할 것인지는 앞으로 깊은 연구가 필요할 것이다.

여기서 각국의 입법례를 간단히 비교하여 보자. 독일의 TDG나 미국의 DMCA 그리고 유럽연합의 전자상거래지침은 그 정도는 다르지만 모두 단지 기술적 특징(차이)만에 의하여 온라인서비스제공자의 책임요건 및 정도를 정하고 있는데, 이는 결코 바람직하지 않다고 본다. 특히 미국의 DMCA나 유럽연합의 전자상거래지침과 같이 면책규정을 복잡하게 할 필요는 없다. 항상 기준은 전통적인 과실책임의 원칙에서 책임의 요건을 일부 강화하거나 책임의 정도를 완화하는 것이 타당할 것이다. 미국의 넵스터사례에서도 법원은 전통적인 기여책임과 대위책임을 갖고 해결하고 있는데, 이는 우리에게 시사하는 바가 크다고 본다. 온라인서비스제공자에게 주의의무를 어느 정도 지을 것인가를 결정하고, 그가 주의의무를 위반했는가를 어떤 기준에 의하여 판단하는가가 중요하다.

물론 법적 안정성 및 명확성의 측면에서, 온라인서비스제공자의 주의의무를 각 서비스의 상황에 맞게 법률로 규정하는 것도 바람직하다. 그러나 너무 엄격하게 기술적 특징에 얽매어 책임의 감경 내지 면책을 규정하다 보면, 입법자의 능력의 한계 및 기술의 발전에 의하여 곧 법의 흠결이 발생하게 될 것이다. 이는 의도적으로 법의 흠결을 이용하여 불법행위를 저지르는 자를 막지 못하는 결과가 될 것이다. 따라서 어느 정도 일반규정이 필요하다고 본다.

현행 저작권법개정안은 온라인서비스제공자의 범위를 넓게 규정하고 있고, 그의 책임의 요건이나 정도를 기술적 특징에만 얽매어 규정하고 있지 않다는 점에서 대체로 만족할 만하다. 그러나 content provider, host provider, access provider의 책임요건을 모두 동일하게 규정하는 것이 바람직한 것인가는 다시 한 번 생각해 볼 만하다. 온라인서비스제공자의 사업위험을 어느 정도 덜어주기 위하여 적어도 host provider의 경우는 고의 또는 중과실의 경우에 access provider의 경우는 고의에 의한 경우에만 책임을 부담하도록 규정하는 것이 어떨까 생각한다.

제 4 장 결 론

인터넷은 점차 디지털화된 책, 논문, 음악, 영상 기타 디지털상품을 배포하기 위한 중요한 수단으로 쓰이고 있다. 디지털상품은 특별한 기술조치가 가해지지 않은 한 쉽게 복제 또는 변경될 수 있으며, 이는 다시 인터넷을 통하여 재배포될 수 있다. 여기에 초고속통신기술의 발전과 P2P라고 하는 정보공유기술의 개발은 디지털상품에 대한 새로운 유통수단으로서의 인터넷의 기능을 더욱 강화하고 있다. P2P환경하에서는 각각의 인터넷이용자가 직접 정보의 제공자이자 수신자이며, 정보의 교환은 각 이용자들 사이에서 직접 이루어지고, 이용자들의 익명성이 다른 일반의 인터넷통신의 경우보다도 강하게 보장된다는 점에서 권리침해의 위험이 높다. 물론 냅스터와 같은 P2P기술이 원래부터 저작권을 침해하기 위한 목적으로 개발된 것은 아니지만, 적어도 저작권을 침해할 가능성이 매우 큰 것만은 사실이다. 다른 한편 P2P서비스의 운영주체는 대부분 P2P환경의 조성을 위한 소프트웨어를 공급하고 P2P네트워크를 위한 서버컴퓨터만을 제공한다는 점에서 매우 소극적인 행위만을 하고 있다. 앞으로 점차 많은 콘텐츠가 기술조치로 무장한 채로 거래될 것으로 예상된다 하더라도, 이러한 변화가 P2P를 통한 콘텐츠의 유통을 기술적으로 금지할 수 있거나 그로 인하여 P2P정보교환의 필요성이 상실되는 것도 아니다. 오히려 저렴한 정보교환비용, 신속한 정보유통, 실시간의 정확한 정보검색 등 여러 이점으로 인하여 앞으로도 P2P를 통한 정보교환은 증대할 것이다. 정책적인 측면에서도 효과적인 정보전달수단으로서의 P2P기술의 발전을 저해하지 않으면서 동시에 저작권보호를 위한 방안을 모색하여야 할 것이다. 이는 한편으로는 기술적으로 P2P환경에 DRM기술을 접목시키고, 법률적으로 P2P서비스제공자의 책임의 범위를 명확하게 함으로써 달성될 수 있을 것이다. 콘텐츠제공자는 이와 같이 디지털콘텐츠를 효과적으로 유통시킬 수 있는 P2P기술의 발전을 도외시킬 수만은 없으며, 오히려 자신의 저작권을 보호하기 위하여 P2P기술에 DRM기술을 접목하려고 할 것이다.

과학의 발전은 한편으로는 콘텐츠의 존재형태를 아날로그에서 디지털로 바꾸었고, 다른 한편으로는 콘텐츠의 유통형태를 유형의 매체에서 무형의

전자통신방법으로 바꾸었다. 현재는 가히 디지털콘텐츠시대라고 할 수 있을 것이다. 인터넷을 기반으로 하는 정보고속도로가 구축되었고, 이를 토대로 수많은 콘텐츠가 디지털화되어 거래되고 있다. 콘텐츠의 디지털화와 디지털유통은 콘텐츠이용의 편리성으로 인하여 일반소비자에게는 환영받을 일이었으나, 다른 한편으로는 콘텐츠저작권의 침해위험 때문에 콘텐츠창작자와 기타 권리자의 측면에서는 우려의 목소리가 있었던 것이 사실이다. 그러나 기술의 발전은 콘텐츠의 소비자에게만 이익이 되는 것은 아니다. 소프트웨어의 불법복제방지장치의 역사에서도 알 수 있듯이, 창작자들도 이미 오래 전부터 기술은 그들의 권익을 보호하기 위하여 사용될 수도 있음을 깨달았다. 다만 지금까지는 콘텐츠보호기술의 안전성이 충분하지 못하였고, 기술 자체를 다시 보호할 만한 제도적 장치가 결여되어 있었을 뿐이었다. 그러나 이제 그 동안 꾸준히 지적되어오던 많은 기술적 문제점들이 해결되고, 디지털콘텐츠유통의 혁신이라고 할 수 있는 DRM기술이 상용화되면서 콘텐츠의 디지털화와 디지털유통이 활발해 지고 있다. 이에 는 콘텐츠보호기술을 무력화하거나 회피하는 행위를 금지하는 법규정의 신설과 콘텐츠제공자 스스로가 계약적 수단에 의하여 자신의 콘텐츠를 적극적으로 보호하려는 노력도 큰 기여를 하였음은 물론이다.

인터넷을 통한 디지털콘텐츠의 유통은 모든 인터넷이용자들을 잠재적인 불법행위자로 볼 수 있을 만큼 저작권침해의 위험을 증대시켰으나, 저작권자가 직접침해자의 책임을 묻은 것은 현실적으로 쉽지 않고 그 실효성도 크지 않다. 이에 저작권자는 한편으로는 직접침해자의 행위에 관련있는 설비나 서비스를 제공한 자로서 자력이 충분한 온라인서비스제공자에게 책임을 물으려 하고, 다른 한편으로는 저작권침해 자체를 원천적으로 봉쇄할 수 있는 방안을 모색하였다. 후자는 바로 기술조치에 의하여 저작물의 불법복제 및 사용을 금지하는 것이다. 저작권자는 더 나아가 기술조치와 저작권추적기술, 課金體系(billing system)의 관리 등을 결합한 DRM시스템에 의하여 디지털콘텐츠의 탄생에서부터 최종소비자에게 전달되기까지 전 과정을 스스로 통제할 수 있는 가능성을 마련하였다. 이러한 DRM 기술 및 서비스의 발전은 P2P와 같은 새로운 정보전달수단이 출현하여 저작자의 권리를 위협하는 경우에 더욱 효과적인 보호수단이 될 수 있다.

디지털콘텐츠산업의 발전을 위해서는 물론 창의적이고 다양한 콘텐츠의 개발 및 그의 안전한 유통을 위한 기술(DRM기술)의 개발이 매우 중요하다. 그러나 그에 못지 않게 디지털콘텐츠서비스산업의 육성도 중요하다. 기존의 실물거래에서는 다양한 중간상인들이 생산자와 소비자 사이에서 나름대로의 역할을 수행하고 있다. 현재의 디지털콘텐츠산업은 이에 비하여 단순한 유통구조를 탈피하지 못하고 있으나, 점차 다양한 중간상인들이 복잡하게 연관관계를 형성하면서 발전되어 나갈 것이다. 디지털콘텐츠의 유통에 관련된 상인들에게 있어 중요한 것은 그들의 영업활동에 대한 법적 기초를 제공하고 영업활동으로 인한 책임의 한계를 명확히 설정해 주는 일일 것이다. 이 경우에는 이미 소프트웨어판매계약에서 문제된 바 있는 전자적 수단에 의한 계약, 즉 쉬링크랩 또는 클릭랩 라이선스계약의 유효성 또는 디지털콘텐츠의 하자담보책임 등에 대한 법적 해결책을 제시하여야 할 것이다. 아울러 디지털콘텐츠가 저작권이나 기타 타인의 권리를 침해하는 경우 그 침해여부를 판단하기가 매우 어렵다는 점 및 온라인서비스업의 활성화를 위하여 디지털콘텐츠의 유통 기타 온라인서비스를 제공하는 자에게 엄격한 책임원칙을 적용할 것이 아니라 그 책임을 어느 정도 경감시킬 필요가 있다. 이에 대해서도 이미 미국을 비롯하여 유럽연합 및 그 회원국들에서 법률규정을 두고 있으며, 개정될 저작권법에도 이에 관한 규정이 포함될 것으로 예상된다. 다만 특히 P2P와 관련하여 본문에서 언급한 바와 같이, 디지털유통기술이 나날이 발전하고 있다는 점을 고려하면, 단순히 기술적인 특징만에 의하여 책임의 한계를 설정하는 것은 결코 바람직한 방법은 아니며, 행위자의 주관적 요소를 고려한 전통적인 과실책임의 원칙하에 온라인서비스산업의 발전을 위하여 일정한 요건하에 책임을 경감 내지 면책시키는 것이 타당한 입법태도라고 생각된다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 강호갑, 『소프트웨어저작권 보호기술』, 『프로그램저작권소식』 2001.7~11
- 김동근, 『인터넷 서비스 프로바이더의 개념과 규제』, 『전북법학논집』 1 (2000.2), 91
- 노태약, 『전자거래·전자서명의 계약법적 검토』, 『경제법의 제문제』, 재판자료 제87집 (2000), 939쪽
- 박익환, 『저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임 문제』, 『계간 저작권』 36 (1996 겨울호), 63
- 배대현, 『냅스터(Napster) 사례에서 드러난 인터넷상 정보공유의 한계』, 『산업재산권』 10 (2001.5), 23
- 배민오/조규곤, 『디지털콘텐츠 저작권 보호 기술 동향』, 『정보과학회지』, 한국정보과학회, 2000년 7월호
- 벤처포트, 『P2P... 현황 및 전망』, 『VENTUREREPORT』 Volume 1, Issue 5 (2000.09.28)
- 송영식/이상정, 『저작권법개설』, 전정판, 2000
- 송영식/이상정/황종환, 『지적소유권법(상)(하)』, 제6전정판, 1999
- 안계성/조소연, 『저작권관리정보의 구성요소 및 형식』, 정보통신연구진흥원 연구보고서 (2000. 12)
- 안효질, 『e-book과 저작권』, 『계간 저작권』 52 (2000 겨울호), 36-51 (AIPPI Korea Journal 45 (2001.2), 3에도 게재됨)
- _____, 『전송권을 중심으로 살펴본 인터넷상의 저작권문제』, 저작권강연회 주제발표 (저작권심의조정위원회 주최, 저작권심의조정위원회 대강당, 2001.5.29)(시큐리티월드 제53호 (2001.6), 148에 축약게재)
- _____, 『사적 이용을 위한 복제 - 독일 연방보통법원 ‘CB-Infobank I’ 판결을 중심으로』, 『계간 저작권』 40 (1997), 39
- _____, 『정보거래와 계약의 해석 - 미국통일컴퓨터정보거래법(UCITA)를 중심으로 -』, 『New Millennium법 - 법환경의 변화와 그 대응책』. 제2회 한국법률가대회 논문집, 2000.11, 351

참고문헌

- _____, 『정보사회에서의 유럽저작권법의 변화』, 『지적소유권법연구』 제4집 (2000.06), 9
- 안효질/이기수, 『인터넷과 저작권법』, 『계간 저작권』 46 (1999 여름호), 29
- 양정환, 『P2P 구조 및 구현 방식』, 『정보공유와 지적재산권』, 한국디지털 재산법학회 추계학술세미나, 2001.11.23, 대한상공회의소
- 오기석, 『컴퓨터 환경에서의 일시적 저장문제에 대한 일고찰』, 『계간 저작권』 39 (1997), 32
- 오승중/이해완, 『저작권법』, 개정판, 2000
- 유선실, 『세계 DRM업체들의 경쟁동향』, 『KISDI IT FOCUS』 2001.7, 45
- 윤명선, 『사이버공간은 해방공간인가? - 사이버공간과 법적 규제』, 『로앤 비즈』 2001.5, 5
- 윤선희, 『디지털 송신과 인터넷상의 저작권문제』, 『계간 저작권』 42 (1998), 2
- 이기수, 『디지털정보거래의 사법적 규제에 관한 연구』, 정보통신학술연구 과제, 2000.03
- 이기수/황종환/이덕록/김문환/윤선희/정상조/권태복, 『지적재산권법』, 1996 (인용: 이기수 외 6인)
- 이대희, 『디지털정보거래에서의 계약법과 저작권법의 관계: 미국의 UCITA와 관련하여』, 『국제거래법연구』 제8집 (1999), 157
- 이상정, 『기술조치 및 권리관리정보의 보호』, 『경희대학교 개교 50주년 기념 국제법무학술세미나. 디지털시대의 저작권』, 1999.10.26, 경희대학교 국제법무대학원, 24쪽(인용: 이상정, 『국제법무학술세미나』)
- _____, 『디지털 시대의 저작권법 개정 방향에 관한 소고』, 『계간 저작권』 41 (1998), 14
- 이창렬, 『전자상거래를 위한 저작권보호체계의 기술적 고찰과 국내역할 - <INDECS>를 중심으로-』, 『출판문화』 413 (2000.4)
- 이충훈, 『온라인(On-line)통신사업자의 민사법적 책임』, 『연세법학연구』 7권 1호 (2000.6), 315
- 이해완, 『저작권의 침해와 그 구제』, 『지적소유권에 관한 제문제(하)』, 재판자료 제57집 (1992), 391쪽
- 이호정/정상조, 『섭외지적재산권법 시론』, 『서울대학교 법학』 제39권 1호 (1998), 130

- 장인숙, 『저작권법원론』, 개정판, 1996
- 정기호, 『저작권 침해에 대한 온라인 서비스 제공자의 책임』, 『부산여자대학논문집』 21 (2000.12), 303
- 조규곤/강호갑, 『DRM(Digital Rights Management) 기술동향』, 『계간 저작권』 53 (2001년 봄호), 68
- 최경수, 『WIPO 저작권조약 및 실연·음반조약 해설 (上)』, 『계간 저작권』 37 (1997), 4
- _____, 『WIPO 저작권조약 및 실연·음반조약 해설 (下)』, 『계간 저작권』 38 (1997), 4
- _____, 『온라인 사업자의 책임』, 『정보법학』 3 (1999.12), 291
- 최현호, 『온라인서비스제공자의 책임범위』, 『로앤비즈』 2001.6, 13
- 하용득, 『저작권법』, 1988
- 한승헌, 『저작권의 법제와 실무』, 1988
- _____, 『정보화 시대의 저작권』, 1994
- 허희성, 『신저작권법축조개설』, 2000
- 황적인/정순희/최현호, 『저작권법』, 1988

II. 외국문헌

- A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2000 WL 573136 (N.D. Cal.2000)
- A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 2001 WL 115033 (9th Cir. 2000)
- Ahn, Hyo-Jil*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Korea, Baden-Baden 1999
- ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619, 623 (4th Cir. 2001)
- Altenhain, Karsten*, Die gebilligte Verbreitung missbilligter Inhalte-Auslegung und Kritik des §5 Teledienstegesetz, AfP 1998, 457

참고문헌

- Asmus, Daniel G.*, Service Provider Liability: Australian High Court Gives the World a First—Should the United States Follow Suit?, 17 Dick. J. Int'l L. 189 (Fall, 1998)
- Bauer, Klaus Albert*, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen in den USA, GRUR Int. 1984, 136
- Beams, Christian C.M.*, The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved ... for Now, 51 Fed. Comm. L.J. 823 (May, 1999)
- Bechtold, Stefan*, Multimedia und Urheberrecht—einige grundsätzliche Anmerkungen, GRUR 1998, 18
- _____, From Copyright to Information Law Implications of Digital Rights Management. Paper of Workshop on Security and Privacy in Digital Rights Management 2001, November 5, 2001, The Doubletree Hotel, Philadelphia, Pennsylvania, USA <<http://www.star-lab.com/sander/spdrm/papers/bechtold.pdf>> (2001년 12월 18일 방문)
- Bettinger, Torsten/Freytag, Stefan*, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links. Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, 545
- Bonin, Andreas von/Köster, Oliver*, Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, 821
- Boyle, James*, Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property, 53 Vanderbilt Law Review 2007-2039 (2000)
- Brainbridge, David*, Intellectual Property, Third Edition, 1996
- Brandl, Ernst/Mayer-Schönberger, Viktor*, Die Haftung von Online-Diensten für übermittelte Inhalte, eolex 1996, 129
- Brauneck, Anja*, Zur Verantwortlichkeit des Telediensteanbieters für illegal ins Netz gestellte Musikdateien nach §5 TDG, ZUM 2000, 480

- Brenn, Christoph*, Haftet ein Internet-Service-Provider für die von ihm verbreiteten Informationen?, *ecolex* 1999, 249 <<http://www.rechtsprobleme.at/index.html>>
- Bröhl, Georg M.*, EGG - Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Erläuterungen zum Referentenentwurf, *MMR* 2001, 67
- Burk, Dan L./Cohen, Julie E.*, Fair Use Infrastructure for Copyright Management Systems, 2000 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=239731> (2001년 12월 18일 방문)
- Burkhardt, Emanuel H.*, Medienfreiheit quo vadis? Das Sommer-Urteil aus presserechtlicher Sicht, (Anmerkung zu: AG München, Urteil v.28.05.1998-8340 Ds 4657 Js 173158/95), *CR* 1999, 38
- Burmeister, Kai*, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, Diss. Hamburg 2000
- Cornish, W.R.*, Cases and Materials on Intellectual Property, Second Edition, 1996
- _____, Intellectual Property, Third Edition, 1996
- Czarnota, Bridget/Hart, Robert J.*, Legal Protection of Computer Programms in Europe-A Guide to the EC Directive, London 1991
- Davidson, Steven J./Podkopaicz, Jerry S./Dechery, Laurie J.*, The Law of Cyberspace: Liability of Information Service Providers, *Journal of Internet Law*, December 1999, (번역: 김성준, 『사이버스페이스 법: ISP 책임』, 『인터넷법률』 1 (2000.7), 158)
- deBeer, Jeremy F.*, Canadian Copyright Law in Cyberspace: An examination of the Copyright Act in the context of the Internet, 63 *Sask. L. Rev.* 503 (2000)

- Decker, Ute*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet. Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers, MMR 1999, 7
- Dietz, Adolf*, Die EU-Richtlinie zum Urheberrecht und zu den Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft, ZUM 1998, 438
- Dorpe, J.*, Incidental Reproduction: The Implication of the Draft Copyright Directive [1999] ENT.L.R. 234
- Drexel, Josef*, What is protected in a computer program?— Copyright protection in the United States and Europe, Weinheim 1994
- Eichler*, Kommentar zum CompuServe Urteil, K&R 1998, 412
- Engel-Flehsig, Stefan*, Das Informations- und Kommunikationssdienstgesetz des Bundes und der Medienstaatsvertrag der Bundesländer—Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia, ZUM 1997, 231
- Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, 2981
- Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1998
- European Union*, Decision No 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999 adopting a Multiannual Community Action Plan on promoting safer use of the Internet by combating illegal and harmful content on global networks, OJ L 33, 6 February 1999, p.1.
- _____, Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit

- of television broadcasting activities. OJ L 202, July 30, 1997, p.60
- _____, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17/07/2000, p.1
- _____, Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001, p.10.
- Federal Communications Commission*, In re Implementation of Section 304 of Telecommunications Act of 1996, 15 F.C.C.R. 18,199 (Sep. 18, 2000)
- Fiene, Stacey*, The Music Owners' Listening Rights Act of 2000: I Want My MP3, 10 J. Art & Ent. Law 515 (Spring, 2000)
- Fisher, William W.*, Property and Contract on the Internet, 73 Chicago-Kent Law Review 1203-1256 (1998)
- Flehsig, Norbert P./Gabel, Detlev*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, 351
- Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc.*, 76 F. 3d 259 (9th Cir. 1996)
- Freytag, Stefan*, Urheberrechtliche Haftung im Netz, ZUM 1999, 185
- _____, Providerhaftung im Binnenmarkt. Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 600

참고문헌

- _____, Haftung im Netz, Diss. Univ. München: C.H. Beck 1999
- Friedman, Jonathan A./Buono, Francis M.*, Limiting Tort Liability for Online Third-party Content Under Section 230 of the Communications Act, 52 Fed. Comm. L.J. 647 (May, 2000)
- _____, Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online, 6 Rich. J.L. & Tech. 18, (Winter 1999 -2000) <<http://www.richmond.edu/jolt/v6i4/article1.html>> (2001년 12월 18일 방문)
- Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, Kommentar, 9. Aufl., 1998
- v. Gamm, Otto-Friedrich Frhr.*, Urheberrechtsgesetz. Kommentar, München 1968
- Garvey, Caitlin*, The New Corporate Dilemma: Avoiding Liability in the Age of Internet Technology, 25 Dayton L. Rev. 133, (Fall, 1999)
- Goldstein, Mitchell P.*, Service Provider Liability for Acts Committed by Users: What You Don't Know Can Hurt You, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 591 (Spring, 2000)
- Gordon, Wendy J.*, Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract, 73 Chicago-Kent Law Review 1367-1390 (1998)
- Gounalakis, Georgios*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993
- Hänel, Frederike*, Napster und Gnutella-Probleme bei der Übertragung von MP3-Dateien nach deutschem Urheberrecht, JurPC Web-Dok. 245/2000 <<http://www.jurpc.de>> (2001년 12월 18일 방문)
- Härtling, Niko*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 271

- Halpern, S.E.*, New Protection for Internet Service Providers:
An Analysis of The Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, (1993) 23 Seton Hall Legis. J. 359, 376
- Harke, Dietrich*, Musikkopien-illegal?, c't 5/2000, 112 <<http://www.heise.de/ct/00/05/112>> (2001년 12월 18일 방문)
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich*, Handbuch Multimedia-Recht, 2001
- Hoffmann, Helmut*, Anmerkung zu LG Munchen I, U. v. 30.03. 2000-7 O 3625/98-(Einstellen von MIDI-Dateien im AOL-Musikforum), MMR 2000, 434
- Holznagel, Bernd/Holznagel, Ina*, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider. Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, K&R 1999, 103
- Holyoak, Jon/Torresmans, Paul*, Intellectual Property Law, 1995
- Junker, Markus*, Bericht über die Anhörung der Parteien im Verfahren A&M Records, Inc., et al. v. Napster vom 2. Oktober 2000, JurPC Web-Dok. 219/2000 <<http://www.jurpc.de>> (2001년 12월 18일 방문)
- Kane, Michelle J.*, VI. Business Law: 1. Electronic Commerce:
b) Internet Service Provider liability: Blumenthal v. Drudge, 14 Berkeley Tech. L.J. 483 (1999)
- Kaniel, Natalie A.*, III. First Amendment: 1. Limiting Internet Access: b) Public universities: Loving v. Boren, 14 Berkeley Tech. L.J. 371 (1999)
- Koch, Andreas*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf mißbilligte Inhalte, MMR 1999, 704
- Koch, Frank A.*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193

참고문헌

- _____, Internet-Recht, München: Oldenburg, 1998
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha*, Sperrungsanordnungen gegenüber Network- und Access-Providern, CR 1999, 438
- Kohler & Burmeister*, Copyright Liability on the Internet Today in Europe, [1999] 10 E.I.P.R. 485
- Konkel, Mark*, Internet Indecency, International Censorship, and Service Providers' Liability, 19 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 453 (2000)
- Kostyu, Jennifer L.*, Copyright Infringement on the Internet: Determining the Liability of Internet Service Providers, 48 Cath. U.L. Rev. 1237 (Summer, 1999)
- Kreutzer, Till*, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda(I), GRUR 2001, 193
- _____, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu File-sharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda(II), GRUR 2001, 307
- von Lackum, Jens*, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999, 697
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 Journal of Legal Studies 325-363 (1989)
- Landfermann, Hans-Georg*, Der Richtlinienvorschlag "Elektronischer Geschäftsverkehr"? Ziele und Probleme, ZUM 1999, 795
- Lange*, Die digitale Verwertung von Musikwerken und der Schutz des Musikurhebers nach deutschem und europäischem Recht <<http://www.iri.uni-hannover.de/seminararbeiten/UrhR>>

- Leaffer, Marshall A.*, Understanding Copyright Law, Third Edition, 1999
- Lehmann, Michael*, Unvereinbarkeit des §5 Teledienstegesetz mit Volkerrecht und Europarecht, CR 1998, 232
- _____, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im NetzDer Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, ZUM 1999, 180
- _____, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517
- Lemley, Mark A.*, The Economics of Improvement in Intellectual Property Law, 75 Texas Law Review 989-1084 (1997)
- Lessig, Lawrence*, Code and Other Laws of Cyberspace, New York 1999
- LG München I, Urteil vom 17. November 1999-20 Ns 465 Js 173158/95 (AG München I), Berufungsurteil im Fall Somm <<http://www.computerundrecht.de/home-materialien.html>> (2001년 12월 18일 방문)
- _____, Urteil vom 30. März 2000-7 O 3625/98, ZUM 2000, 418 = MMR 2000, 431, 433 f.-AOL
- Lubitz, Markus*, Die Haftung der Internet Service Provider für Urheberrechtsverletzungen: Ein Vergleich von US-amerikanischem und europäischem Recht, GRUR-Int. 2001, 283
- Maennel, Frithjof A.*, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen-der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187
- Manz, Friederike*, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, München: Florentz 2000 (Zugl.: München, Univ., Diss., 1999)

참고문헌

- Markiewicz, Jennifer E.*, Seeking Shelter From the MP3 Storm:
How Far Does the Digital Millennium Copyright Act
Online Service Provider Liability Limitation Reach?,
7 *CommLaw Conspectus* 423 (Summer, 1999)
- Marwitz, Petra*, Haftung für Hyperlinks, *K&R* 1998, 369
- Merges, Robert P.*, The End of Friction? Property Rights and
Contract in the Newtonian World of On-Line Com-
merce, 12 *Berkeley Technology Law Journal* 115-136
(1997)
- Mintzer/Lotspiech/Morimoto*, Safeguarding Digital Library
Contents and Users: Digital Watermarking. *D-Lib*
Magazine, December 1997
- Mönkemöller, Lutz*, Moderne Freibeuter unter uns?-Internet,
MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche!, *GRUR*
2000, 663
- Murai, Brandon K.*, Online Service Providers and the Digital
Millennium Copyright Act: Are Copyright Owners Ad-
equately Protected?, 40 *Santa Clara L. Rev.* 285 (1999)
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte*, Urheberrechtsgesetz. Kom-
mentar, 2. Aufl., 2000
- Nack, Ralph*, Tagungsbericht: Internet: Anwendbares Recht,
Verwertungsrechte, Haftung. Bericht über die öffentliche
Sitzung des Fachausschusses für Urheber- und Verlag-
srecht auf der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht am
22.06.2000 in Bonn, *GRUR-Int.* 2000, 893
- Niggli/Riklin/Stratenwerth*, Die Strafrechtliche Verantwort-
lichkeit von Internet-Providern, Ein Gutachten im
Auftrag des Verbandes Inside Telecom vom November
2000 <www.vit.ch/gutachten_isp.pdf> (2001년 12월 18일
방문) (Switzerland)

- Netanel, Neil Weinstock*, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale Law Journal 283-387 (1996)
- Nordemann, Axel/Goddard, Heinz/Tönhardt, Marion/Czychowski*, Christian, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Internet, CR 1996, 645
- OGH, Urteil vom 19.12.2000, 4 Ob 274/00y-“austropersonal.com/jobmonitor.com” <http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4_274_00y.htm> (2001년 12월 18일 방문)
- OLG München, Urteil vom 8. März 2001-29 U 3282/00 (LG München I)-AOL, ZUM 2001, 420=CR 2001, 333 <http://www.cr-international.de/home_3786.html> (2001년 12월 18일 방문)
- Parschalk, Martin*, Provider-Haftung für Urheberrechtsverletzungen Dritter, *ecolex* 1999, 834
- Pelz, Christian*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, 530
- Pichler, Rufus*, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79
- Pindyck, Robert S./Rubinfeld, Daniel L.*, Microeconomics, 5th edition, Upper Saddle River, 2001
- Playboy Enterprise, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fl. 1993)
- Posner, Richard A.*, Economic Analysis of Law, 5th edition, New York 1998
- ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447-1455 (7th Cir. 1996)
- Quoy, N.*, Liability for Copyright Infringement Through Reproduction, [1999] 181 R.I.D.A. 2
- Ravn, Michelle A.*, Navigating Terra Incognita: Why the Digital Millennium Copyright Act Was Needed to Chart the

참고문헌

- Course of Online Service Provider Liability for Copyright Infringement, 60 Ohio St. L.J. 755 (1999)
- Reber, Ulrich/Schorr, Mirjam*, Peer-to-Peer-Kommunikationsplattformen und deren Freistellung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit, ZUM 2001, 672
- Rehbinder, Manfred*, Urheberrecht, 10. Aufl., 1998
- Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 923 F. Supp. 1231 (N.D. Cal. 1995)
- Richards, Thomas K.*, The Internet and Decisional Institutions: The Structural Advantages of Online Common Law Regulation, 10 Fordham I. P., Media & Ent. L.J. 731 (Spring, 2000)
- Rogers, John M.*, The Internet and Public International Law: The Internet and International Law, 88 Ky. L.J. 803 (Summer, 1999/Summer, 2000)
- Rosenberg, Oliver von*, Liability of Internet providers in the framework of the U.S. Digital Millennium Copyright Act, K&R 1999, 399
- Ross, A.*, The future of the EU copyright law: the amended proposal for directive on copyright and related rights in the Information Society, [1999] 4 Comms. L. 128
- Roßnagel, Alexander*, Recht der Multimedia-Dienste. Kommentar, 2000
- Rötzer, Florian*, Haftbar für Inhalte auf einer verlinkten fremden Website <<http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/7400/1.html>> (2001년 12월 18일 방문)
- Samuelson, Pamela*, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Technology Law Journal 504-566 (1999)

- Schack, Haimo*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997
- Schaefer, Martin/Rasch, Clemens/Braun, Thorsten*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451
- Satzger, Helmut*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet vor dem Hintergrund der neuen E-Commerce-Richtlinie der EG, CR 2001, 109
- Schellenberg, Martin*, Haftungsrisiken für den Application Service Provider <http://www.legamedia.net/legapractice/andersen-luther/2001/01-03/0103_schellenberg_martin_asp-haftung.php>
- Schmittmann, Michael/Busemann, Jan Rudolf*, Die Zukunft des E-commerce in Europa. Anmerkungen zum Richtlinienentwurf der EU-Kommission, AfP 1999, 239
- Schneider, Jürgen*, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des §5 TDG, GRUR 2000, 969
- Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997
- _____, Urheberrecht. Kommentar, 2. Aufl., 1999
- _____, Verlagsrecht. Kommentar, 3. Aufl., München 2001
- Schwarz, Mathias*, Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke, GRUR 1996, 836
- Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F.Supp. 679 (N.D. Cal.1994)
- Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 948 F.Supp. 923 (N.D. Cal.1996)

- Sieber, Ulrich*, Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen. Zur Umsetzung von §5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet (I), CR 1997, 581
- _____, Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen. Zur Umsetzung von §5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet (II), CR 1997, 653
- _____, Anmerkung zum AG Munchen, Urteil vom 28.5.1998-8340 Ds 465 Js 173158/95-CompuServe, MMR 1998, 438
- _____, Internet Law: Responsibility of Internet Providers - A Comparative Legal Study with Recommendations for Future Legal Policy, [1999] 15 C.L.S.R. 291
- _____, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet. Ziele und Auslegung von §5 TDG und §5 MDStV, MMR-Beilage 2/1999, 1
- Soma, John T./Norman, Natalie A.*, International Take-Down Policy: A Proposal for the WTO and WIPO to Establish International Copyright Procedural Guidelines for Internet Service Providers, 22 Hastings Comm. & Ent. L.J. 391 (Spring/Summer, 2000)
- Spindler, Gerald*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193
- _____, Der neue Vorschlag zu E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 775
- _____, Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, 199
- _____, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 7/2000, 4

- _____, Urheberrecht und Haftung der Provider—ein Drama ohne Ende? Zugl. Anmerkung zu: OLG München, Urteil v. 08.03.2001—29 U 3282/00, CR 2001, 324
- Stefik, Mark*, The Internet Edge. Social, Legal, and Technological Challenges for a Networked World, Cambridge 1999
- Sterling, J.A.L.*, World Copyright Law(1988), 413
- Stim, Richard*, Copyright Law, 2000
- Switzerland*, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet Service Providern, Positionspapier der Bundespolizei, April 2000 <www.admin.ch/bap/d/archiv/berichte/weitere/2000-05-15-d-internet-isp.pdf> (2001년 12월 18일 방문)
- _____, Gutachten zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet—Access—Providern gemäss Artikel 27 und 322bis StGB, Bundesamt für Justiz <www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/64/64.75.html> (2001년 12월 18일 방문)
- _____, Neues Medium—neue Fragen ans Recht—Bericht einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zu strafrechtlichen, datenschutzrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen rund um Internet, Bundesamt für Justiz, Bern, Mai 1996
- Tettenborn, Alexander*, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, 252
- _____, E—Commerce—Richtlinie—erste Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, K&R 2000, 386
- Theißen*, Anmerkung zum LG Dusseldorf, Beschluß vom 29.4. 1998 - 12 O 132/98 - Gegendarstellung im Internet
- Tonninger, Bernhard*, Rechtsverletzung im Internet—Provid—erhaftung?, ecolex 1999, 251

- Vassilaki, Irini E.*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des §5 TDG im Strafrechtssystem, MMR 1998, 630
- Vehslage, Thorsten*, Verantwortlichkeit eines Providers. Anmerkung zu: AG München, Urteil v. 28.05.1998-8340 Ds 465 Js 173158/95, DuD 1999, 97
- Waldenberger, Arthur*, Teledienste, Mediendienste und die “Verantwortlichkeit” ihrer Anbieter, MMR 1998, 124
- _____, Der juristische Dauerbrenner: Haftung für Hyperlinks im Internet?—ein Fall des LG Hamburgs, AfP 1998, 373
- _____, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, 296
- Walton, K.A.*, Is a Website Like a Flea Market Stall? How Fonovisa v. Cherry Auction Increases the Risk of Third Party Copyright Infringement Liability for Online Service Providers, [1997] 19 Hasting Comm/Ent. L.J. 921, 943
- Wiederhold, Steffen*, Urhebervertragsrechtliche Grenzen der Verwertung geschützter Werke im Internet, JurPC Web-Dok. 29/1999 <<http://www.jurpc.de>> (2001년 12월 18일 방문)
- Wiener, David*, Negligent Publication of Statements Posted on Electronic Bulletin Boards: Is There Any Liability Left After Zeran?, 39 Santa Clara L. Rev. 905 (1999)
- Williamson, Justin*, The Internet and Public International Law: Online Service Provider Copyright Liability: Is the Digital Millennium Copyright Act the Answer?, 88 Ky. L.J. 987 (Summer, 1999/Summer, 2000)